Digitized by the Internet Archive
in 2022 with funding from
Kahle/Austin Foundation

https://archive.org/details/saggisuquestioni0001dang

Mons. SOSIO d'ANGELO
Professore di Diritto Romano nel Pont. Ateneo S. Apollinare in Roma

GRADUATE THEOLOGICAL UNION LIBRARY 1962

SAGGI
SU
Questioni giuridiche

I.

I. Cristianesimo e Diritto Romano. — II. Per una introduzione scientifica allo studio del « Codex Juris Canonici ». — III. Il « ius quaesitum » nel Diritto Canonico. — IV. Le lacune nel vigente ordinamento giuridico-canonico. — V. La permuta beneficiaria. — VI. Nozione del delitto nel « Codex Juris Canonici ». — VII. Un caso di « restitutio in integrum » nella vigente disciplina canonica. — VIII. I banchi in chiesa.

Prefazione dell'Avv. FRANCESCO DEGNI
Professore di Diritto civile nella Regia Università di Messina.

ALMA COLLEGE LIBRARY 348.04 An43 Alma, California

Property of CLgA Please return to Graduate Theological Union Library

L. I. C. E. - 1928
LEGA ITALIANA CATTOLICA EDITRICE
ROBERTO BERRUTI E C.
TORINO

34298

KBU
160
.D36
1928
v.1

TUTTI I DIRITTI RISERVATI

Visto: nulla osta alla stampa.
Torino, 22 marzo 1928.

C. G. Piovano, Revis. arcivescovile.

Imprimatur:

C. Francesco Duvina, Provic. generale.

Torino, 1928 - Tipografia Carlo Accame - Via Galliari, 4.

A SUA ECCELLENZA REVERENDISSIMA

MONSIGNOR GIULIO SERAFINI

VESCOVO TIT. DI LAMPSACO

SEGRETARIO DELLA S. CONGREGAZIONE DEL CONCILIO

PRESIDE DELLA FACOLTÀ GIURIDICA S. APOLLINARE

CON ANIMO DEVOTO RICONOSCENTE GRATO

UMILMENTE

D. D.

PREFAZIONE

Questo bel libro, nel quale il valoroso professore Mons. d'Angelo riunisce alcune sue monografie, già pubblicate in varie autorevoli Riviste, ed a cui dà il modesto titolo « Saggi su questioni giuridiche », porta un prezioso contributo agli studii di Diritto civile in molti punti di contatto col Diritto canonico. E merita, perciò, di essere particolarmente designato.

Forse, non si potrà consentire in tutte le affermazioni del d'Angelo, non si potranno accettare tutte le conclusioni alle quali egli perviene, ma ciò accresce pregio ai suoi lavori, perchè essi non sono vuote ripetizioni di concetti già da altri enunciati, ma, trattati con indipendenza di giudizio e con una visione complessa delle varie questioni che egli si pone, fanno seriamente meditare e pensare.

Il maggior pregio delle monografie che il d'Angelo raccoglie in questo volume consiste, a mio avviso, nel porre in luce la grande influenza del Diritto canonico nella interpretazione ed applicazione del Diritto civile italiano, di cui egli mostra di avere conoscenza precisa e sicura, sia dal punto di vista del Diritto positivo che della elaborazione scientifica.

Una delle più gravi lacune negli studii civilistici, sinora, malgrado i notevoli, innegabili progressi raggiunti per opera di Maestri insigni che, nella costruzione del sistema giuridico, seppero riprendere le magnifiche tradizioni nostre che sembrano definitivamente spezzate con gli aridi commentarii del secolo XIX, *dipendeva, indubbiamente, dalla poca o niuna considerazione in cui fu tenuto il Diritto canonico, come elemento storico del nostro Diritto privato e, conseguentemente, come mezzo d'interpretazione di questo. Tale danno provenne, certo, dall'abolizione dell'insegna-*

mento di Diritto canonico nelle nostre Università, che fu relegato in un modesto capitolo della Storia del Diritto italiano e sostituito dall'insegnamento di Diritto ecclesiastico, nel quale spesso occorreva, con grande meraviglia, notare che mancavano ai docenti stessi se non le più elementari nozioni del Diritto canonico, certo la perfetta comprensione di questo, le conoscenze del suo notevole sviluppo, dei suoi meravigliosi adattamenti alle varie epoche storiche e, sopratutto, la padronanza del sistema, senza dire che, per influenza di una stupida per quanto tenace avversione alla Chiesa Cattolica ed al suo magistero, effetto di correnti scientifiche e politiche, che furono per lungo tempo seguite più perchè eran di moda che per convinzione, molti docenti di Diritto ecclesiastico, anzichè fare oggetto le norme di Diritto canonico di uno studio sereno e diretto, preferivano considerarlo come un Diritto, oramai morto e seppellito, di cui si faceva cenno soltanto per un ricordo storico, se addirittura non si additava al dileggio ed al disprezzo. Tale superficiale, o, addirittura, mancato studio del Diritto canonico, ha prodotto, purtroppo, per lungo tempo, gravi danni, poichè si è sottratta al nostro Diritto civile la gran luce che gli deriva da esso, che pur ebbe tanta importanza ed efficacia nella vita civile, sia nell'interpretazione ed adattamento del Diritto romano, sia come complesso di norme a sè stanti, regolatrici di rapporti ed istituti giuridici ignoti o quasi al Diritto romano. Basterebbe, ad esempio, considerare la boriosa ed altrettanto stolta indifferenza nella quale è stato tenuto il Diritto canonico nelle trattazioni dell'istituto del matrimonio civile, salvo qualche nobile eccezione, da parte di alcuni studiosi, fra i quali si può ricordare il BRANDILEONE *nei suoi* Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia (1906). *Eppure, il matrimonio civile, come istituto a sè, indipendente e separato (purtroppo!) dal matrimonio religioso, trova nelle norme del Diritto canonico, la base della sua disciplina! Invece, in questa materia, si è giunti, da taluni civilisti, a calunniare persino i saggi insegnamenti delle leggi canoniche, per additarle al disprezzo degli studiosi, mostrando d'ignorarne il contenuto. Basta, per tutte, la costante ripetizione della storiella, ritenuta anche da civilisti autorevoli e riprodotta persino in decisioni giudiziarie, secondo cui la famosa, impudica ed inconcludente prova del* congresso, *come mezzo per accertare l'impotenza, si attribuisce alla Chiesa ed al canonista* SANCHEZ, *mentre la prima riprovò sempre aspramente questa prova, che pare non abbia avuto luogo che in Francia e dopo l'avocazione al foro laico, e il secondo, riferendo la stessa opinione del* SOTO, *la definì* turpissima ac omnino honestati naturali adversa (De Sancto Matrimonii Sacramento, *1754, lib. VII, disp. 109, n. 15, p. 298).*

Per fortuna, l'indirizzo, oramai, è decisamente mutato e lo studio del Diritto canonico torna giustamente in onore, per opera non solo di ecclesiastici, ma, quel che più preme nei nostri riguardi, nelle nostre Università e nella produzione scientifica che a queste si connette. Indubbiamente tale rivendicazione è da attribuirsi in principal modo alla codificazione del Diritto canonico voluto dalla santa memoria di Pio X, e che basterebbe, da sola a renderne immortale il Pontificato nella storia della Chiesa, della scienza e della civiltà, ma merita ogni più ampio elogio chi si dedica alla nobile fatica, non scevra, certo, di gravi difficoltà, di porre in luce la importanza e l'influenza che ha tuttora il Diritto canonico nell'interpretazione del Diritto vigente in Italia. Con piacere si rileva il rifiorire di tali studii, ai quali hanno portato, negli ultimi tempi, un prezioso contributo il Falco, il Del Giudice, il Roberti, il Jemolo, fra i cultori di Diritto positivo italiano e, fra gli ecclesiastici, i PP. Wernz, Oietti e Cappello.

E, certo, questo libro del d'Angelo, che io ho il piacere di presentare agli studiosi, segna davvero uno dei più notevoli risultati dei quali può giovarsi l'interprete del Diritto positivo vigente non solo dal punto di vista dell'elaborazione delle dottrine, ma anche, ed è, forse, il lato più importante, da quello delle esigenze della pratica.

Roma, 12 febbraio 1928.

Prof. Avv. Francesco Degni.

INDICE

PAG.

I. - Cristianesimo e Diritto romano 1

Importanza della questione. - Stato della questione. - Metodi di indagine. - Terminologia biblica. - Paolo di Tarso e Diritto romano. - Patristica e Diritto romano. - Concreta influenza del Cristianesimo sulla codificazione giustinianea. - Culto e Religione in Diritto romano. - Idee morali cristiane nel Diritto romano. - Conclusione.

II. - Per una introduzione scientifica allo studio del « Codex Juris Canonici » 32

III. - Il « jus quaesitum » nel Diritto canonico . . . 40

Bibliografia. - I canoni 4 e 10 del « Codex I. C. ». - Punti di vista. - Diritti quesiti ed aspettative. - Fatto compiuto. - Scopo della legge. - Disciplina canonica. - Relazione fra i canoni 4 e 10. - Diritto romano. - Interpretazione dei canoni 4 e 10. - Nostra opinione. - Osservazioni di un consultore della S. C. del Conc. - Parole del Professore Van Hove. - Il « jus quaesitum » nel Diritto pubblico. - Il « jus quaesitum in Diritto privato. - Irretroattività. - Prassi canonica. - Conclusione.

IV. - Le lacune nel vigente ordinamento giuridico-canonico 56

Oggetto e limiti della trattazione. - Il canone 20. - Lacune. - Requisiti della lacuna. - Elementi integrativi. - Analogia. - Principii generali di Diritto. - Equità canonica. - Giurisprudenza e dottrina. - Diritto civile vigente. - Conclusione. - Postilla.

V. - La permuta beneficiaria 89

Stato della questione. - Sede della trattazione. - Natura della permuta. - Permuta beneficiaria. - Evoluzione storica. - Varie specie. - Requisiti. - Effetti. - Conclusione.

VI. - Nozione di delitto nel « Codex Juris Canonici » . . 101

Stato della questione. - Soluzioni date. - Nostra opinione. - Relazione fra i canoni 2195 e 2222, § 1. - Necessità della legge. - Retroattività della legge. - Conclusione. - Postille.

VII. - Un caso di « restitutio in integrum » nella vigente disciplina canonica 119

Stato della questione. - « Restitutio in integrum ». - « Restitutio » processuale. - « Neglectus legis ». - Conclusione.

VIII. - I banchi in chiesa 127

Stato della questione. - Evoluzione del diritto. - « Jus nativum ». - « Jus quaesitum ». - Autorità concedente. - Intervento civile. - Natura giuridica del diritto. - Prescrizione. - Non uso. - Tutela giuridica. - Potere ecclesiastico. - Competenza giudiziaria. - Massime di giurisprudenza. - Estinzione. - Conclusione.

I.

Cristianesimo e Diritto romano. (*)

IMPORTANZA DELLA QUESTIONE.

Che una questione si agiti anche oggi, ma non da oggi solo, tra storici e giuristi sulle relazioni intime fra Cristianesimo puro e Diritto romano, specialmente dell'età classica, è cosa risaputa da chi solo si accinge a leggere manuali o anche fogli litografici a dispense, destinati ad accrescere la coltura nei nostri buoni giovani universitari [1]. La importanza poi di tale questione, più che nel

(*) Da *Studium*, Rivista universitaria, Roma, 1926. — Precedeva questa « annotazione » della *Redazione* : « *Il* Gruppo Studi *del Circolo Romano è lieto di cominciare questa rubrica con la pubblicazione degli* schemi *delle lezioni che il professore Mons. S. D'Angelo, della Facoltà giuridica S. Apollinare in Roma, tenne l'altr'anno ai Fucini nella sede del Circolo stesso.*

« *Essi, appuntati da un uditore, non vogliono essere che semplici saggi espositivi senza pretesa alcuna di novità; potranno però ben servire di guida per ulteriori sviluppi, tendenti a dare contributi alle singole questioni* ».

(1) Gli scritti recenti più notevoli su tale argomento generale vengono qui indicati ad utilità di coloro che desiderino approfondirne lo studio. Dico *recenti* perchè la vasta bibliografia più antica pro e contro, sebbene non comprenda alcun lavoro veramente serio, è riferita, abbastanza completa, nell'ultima nota alla memoria del PICCINELLI, *La evoluzione storico-giuridica del divorzio in Roma*, in *Archivio Giuridico*, XXXIV, 470. Dico poi *generale* perchè non intendo comprendere anche i lavori su speciali argomenti di cui la letteratura si è man mano arricchita. Fra i *manuali* che contengono cenni più o meno diffusi sulla questione sono degni di nota : FERRINI, *Pandette* 2, p. 2 e 57; PACCHIONI, *Corso di Dir. rom.*2, I, p. 333-336; BONFANTE, *Istituzioni* 7, p. 11, n. 1, e *Storia del Dir. rom.*3, II, p. 44; ARANGIO-RUIZ, *Corso di Istituz. di Dir. rom.*, I, p. 9; BESTA, in *Storia del Dir. ital.*, *pubblicata sotto la direzione di P. Del Giudice*, I, p. 9; GIRARD, *Manuel*, p. 71, n. 1 e 78, n. 1; KRÜGER, *Geschichte der Quellen* 2, p. 297, n. 8; D'ANGELO, *Jus Digestorum*, I, p. 7 seg.

Sono rilevanti poi i seguenti *studi* ai quali mi riferirò nel corso di questi articoli : TROPLONG, *De l'influence du Christianisme sur le Droit civil des Romains*, Paris, 1843; PADELETTI, *Roma nella storia del Diritto* (Prolusione), in *Archivio Giuridico*, XII, p. 191 seg.; RICCOBONO, *Influenza del Cristianesimo sulla Codificazione di Giustiniano*, in *Riv. di Scienza* « *Scientia* », 1909, vol. V, a. 2°, e *Cristianesimo e Diritto privato*, in *Riv. di Dir. civ.*, 1911, III, p. 37-70; BAVIERA, *Concetto e limiti dell'influenza del Cristianesimo sul Dir. rom.*, in *Mélanges P. F. Girard*, I, p. 67-121 (estratto); MARCHI, *Dell'influenza del Cristianesimo sulla Codificazione giustinianea* (Prolusione), in *Studi Senesi*, XXXVIII, p. 61 seg.; BOUCAUD, *La première ébauche d'un Droit chrétien dans l'antiquité romaine*, in *L'Univ. catholique*,

lirismo del tema che nella mente di qualche romanista[2] si presta ad infiammare fantasie, inducendo « facilmente a esagerare anche il freddo ricercatore, che, trasportato dalla foga del sentimento, trascende nelle sue conclusioni ciò che in realtà offre la serena analisi delle fonti », va riconosciuta nella vastità dell'argomento che interessa non solo al maestro di discipline religiose ed economiche ma anche allo storico e, sopratutto, al giurista. Che se gli entusiasmi di costoro possono venire scaldati da facile entusiasmo da una parte, non è difficile dall'altra che cattive intenzioni provenienti da nefando settarismo conducano a negazioni aprioristiche certamente fatali per lo sviluppo e per la discussione serena del problema in sè.

Lo storico, freddo ricercatore dei fattori e tranquillo ponderatore di fenomeni, trova, nella soluzione di esso, il fondamento di una trasformazione profonda dovuta ad un *fattore specifico*, il Cristianesimo, *produttore differenziale* di « vita nova », con influsso latente o patente, indiretto o diretto su tutto il sistema vigente.

Il giurista invece, specialmente chi attende alla sua formazione culturale per divenirlo, e degno della tradizione nostra, dovendo ben comprendere, ponderare e valutare l'*efficienza* di uno dei fattori più importanti dell'evoluzione sociale, il religioso, in confronto agli altri, è condotto, in tale soluzione, a ben determinare gli elementi che rendono quel fattore stesso vera *forza innovatrice*.

Per chi attende agli studi giuridici, perciò, la *importanza* della questione dell'influenza diretta e concreta del Cristianesimo sul Diritto romano, che l'immortale Pontefice BENEDETTO XV, nella Bolla di promulgazione del *Codex Juris Canonici* (Pentecoste 1917), chiamò « *insigne veteris sapientiae monumentum, quod ratio scripta est merito nuncupatum* », è certamente *teoretica* in quanto essa tende, e non remotamente, a formare coscienze cristiane capaci di difendere la nostra S. Religione da quegli attacchi insulsi che muovono da studi comparati delle religioni, le cui cattedre si vanno moltiplicando di giorno in giorno nelle varie Università anche

---

LXX, p. 14 seg. Gioveranno inoltre all'uopo, oltre i lavori speciali che verranno man mano indicati, vari altri scritti di RICCOBONO (*Commercio e comproprietà*, in *Essays*, 1913, p. 117-119, e *Stipulatio e instrumentum*, in *Zeitschrift der Savigny Stiftung Rom. Abt.*, XLIII, p. 378, n. 1); del KÜBLER (in *Theologische Arbeiten*, 1909, XI, p. 93-110); del DE-FRANCISCI (in *Filangieri*, 1915, XL, p. 36, n. 2); dell'ALBERTARIO (in *Bull. ist. Dir rom.*, 1920, p. 1-19 [SOLAZZI, *ib.*, p. 57 seg.], *Dir. agli alimenti*, 1925, in *Monit. dei tribun.*, 1927, e in *Studi in memoria di P. P. Zanzucchi*, 1927, p. 32 seg.) e del MAROI (*Riflessioni di diritto nelle arti classiche figurative*, 1927, pp. 22 e 33).

(2) Cfr. BAVIERA, *op. cit.*

nostre[3]. Ma è anche *pratica,* perchè tende a formare coscienze legali, integre e superiori: quel fluido di ogni virtù cristiana che lo studioso avrà visto scorrere, in una forma più o meno apparescente ai superficiali, nei vari istituti romani, trasformantisi sotto tali profumi e perpetuantisi, così trasformati e subendo ulteriori modifiche, nei secoli futuri, condurrà ad interpretazioni equitative tali, che faranno sentire nell'applicazione la forza del detto ciceroniano (*De off.*, I, 10): « *summum ius summa* (*saepe*) *iniuria* ».

Così, se da una parte lo studioso giurista potrà ripetere al settario, superficiale negatore di ogni influenza del Cristianesimo sull'evoluzione giuridica romana, la sentenza che l'apologista TERTULLIANO, in uno di quegli slanci fervidi che rivelano il genio africano, rivolse ai persecutori della Chiesa nascente: « *ne ignorata damnetur* », dall'altra saprà dimostrare quanta verità contenga il presagio di Ovidio, nel primo libro dei *Fasti* (v. 515 seg.), il quale cantando l'arrivo di Evandro sulle rive del Tevere, nel luogo ove dovea sorgere Roma, fa esclamare da Carmenta accesa di profetico spirito:

Fallor, an hi fient ingentia moenia colles
Iuraque *ab hac terra cetera terra petet?*

Nulla di più romano di questo modo di esprimere la *dominazione* in forza del diritto anche in periodo di conquiste barbariche: « *Roma capta ferum victorem coepit* ». Il vaticinio quindi si avverò oltre lo stesso pensiero del poeta: ma questa *estensione* non solo di spazio (universale) ma di tempo (indefettibile) si deve alla conquista che la Religione di *Gesù Re* aveva fatto anche del Diritto romano.

Così, solo così, quella Roma

« ... onde Cristo è romano »

fu, è e sarà fondamento del *Diritto*; così, solo così, l'Italia romana e cristiana esercitò, esercita ed eserciterà la sua influenza su tutti i Diritti oltre ogni confine[4].

STATO DELLA QUESTIONE.

Ho già accennato che la questione dell'*influenza del Cristianesimo sul Diritto romano* non è nuova. Riannodandosi a tanti problemi di *influenze*, di *relazioni* e di *valori*[5], essa venne sollevata da gran tempo, ma scarsamente trattata in brevi monografie, non trovò argomentazioni sode per la soluzione.

(3) Cfr. *Civiltà Cattolica*, 21 febbraio 1925.
(4) Cfr. V. SCIALOIA, *Influenza dell'Italia sul Diritto all'estero.*
(5) Cfr. GARRIGUET-BOZZONE, *Il valore sociale dell'Evangelo*, Torino, 1923.

Serio precursore di questa, come di altre ricerche, fu il nostro FED. OZANAM [6]; ma chi per primo, nella metà del sec. XIX, propose e studiò in *forma organica* l'importante argomento fu il francese TROPLONG [7] eminente civilista, non romanista ma bene educato nel suo squisito senso giuridico sui frammenti del Digesto.

Di fronte a HUGO, uno dei più illustri precursori della scuola storica che riduceva a ben poco l'influenza del Cristianesimo sul Diritto romano [8], e a MONTESQUIEU, che l'affermava grandissima [9], egli ebbe l'esatta intuizione della complessità del problema e con raro equilibrio seppe fissare la tesi fondamentale del suo studio, la quale può così enunciarsi: il Cristianesimo è grande avvenimento che modifica le idee morali esistenti [10].

A conclusione diametralmente opposta pervenne, nella sua notissima *Prolusione* al corso di storia del Diritto di Roma, il professor PADELETTI [11], il quale, attaccando baldanzosamente con aspre parole il libro del TROPLONG, che disse « scritto con incredibile leggerezza e con inconcepibile ignoranza del soggetto », definì l'autore un « immaginoso difensore di una tesi che non regge alla più elementare critica ». A sua volta egli si sforzò di sostenere che « il Cristianesimo non ebbe influenza veruna come radicale riforma religiosa e morale del mondo antico ».

Io credo che superficialità più assoluta mai abbia avuto a proclamare, in modo così dommatico e più enfatico, una tesi tanto balorda. L'illustre professore dalle lenti... verdi si lasciò così trascinare, nella sua fiera requisitoria, da passione politica non solo (si era nel 1871 e in Roma!) [12], ma anche, e più, da finalità settaria, di moda sino ad ieri. Le parole con cui egli esordisce ne sono una prova: « I nostri più fieri nemici — ed ognuno di voi intende di chi io voglia parlare — non si sono ingannati un mo-

---

(6) *La civilisation au cinquième siècle*, lect. 6ª. Cfr. CALIPPE, *Les tendances sociales des catholiques libéraux*, Paris, 1911. Per gli scritti di OZANAM cfr. ORSENIGO, *F. Ozanam* 2, Milano, p. 84 seg.

(7) *Op. cit.*

(8) *Storia del Diritto romano*, II, p. 213.

(9) *Esprit des lois*, XXIII, 21.

(10) Cfr. BAVIERA, *op. cit.*, il quale ne riferisce ampiamente contenuto e metodo.

(11) *Loco cit.*

(12) Aveva insegnato Diritto romano sino ad allora ILARIO ALIBRANDI (+1894), antesignano di quella scienza interpolaticia che poi si sviluppò in Germania ed in Italia, decoro e vanto della Chiesa e della patria nostra. Cattolico convinto, maestro valoroso, latinista insigne, dopo gli eventi del '70 rifiutò la cattedra a Roma e fuori, riducendosi a fare il *minuiante* alla Segreteria di Stato. Profondissimo, per quanto modesto, ebbe fra i suoi uditori il nostro V. SCIALOIA e GRADENWITZ, poi professore all'Università di Berlino, i quali, colpiti un giorno dalla chiarezza ed erudizione dell'esposizione, lo indussero a pubblicare, in *Bullettino dell'istituto di Diritto romano* (II, 1889), uno studio: *Azione contro i curatori*, raccolto poi con altri nel volume *Opere*, I.

mento nell'apprezzare il significato storico profondo della riunione di Roma al Regno d'Italia ». A lui che, educato alla scuola storica, ebbe il torto di dimenticare il fatto della compilazione del sesto secolo, la quale è pure un soggetto storico di prim'ordine, RODOLFO VON JHERING avrebbe potuto ripetere la frase mordente, cioè: « che un vero giurista, anche se le sue cognizioni storiche siano manchevoli, potrà comprendere di gran lunga meglio i libri di Diritto, che non possa uno storico, cui manchi il senso giuridico » [13].

Da allora, fino a poco tempo fa, la letteratura giuridica su tale punto non si è arricchita che di lavori su speciale argomento; anche qui però ben pochi sono quelli seri e di ricerche, con perfetta elaborazione del materiale [14].

Fu solo di recente che il problema venne ripreso sotto l'aspetto organico in Italia da sommi e profondi romanisti [15]: il campo però rimane diviso in due parti armate *hinc inde* di forti e valide argomentazioni che tendono a risolvere la *vexata quaestio*.

Oggi in generale non si nega che il Cristianesimo abbia influito sul Diritto romano giustinianeo; ma mentre alcuni ritengono che tale influenza sia stata considerevole [16], altri pensano che si riduca a ben poca cosa [17]. Più particolarmente poi, mentre v'è accordo nel ritenere che al Cristianesimo si ispirano talune riforme del diritto ultimo relative alla famiglia [18], è assai controverso se la novella religione abbia determinato mutamenti degni di rilievo sui *diritti patrimoniali* [19].

Ecco dunque lo *stato attuale* della questione: maestri ed autori di qua, maestri ed autori di là; valenti di qua, valenti di là; argomenti di qua, argomenti di là. Io dico: tutto si rinnova nel mondo,

---

(13) Gli *storici* recenti sorvolano sulla questione dell'influenza del Cristianesimo sul Dir. rom. Solo il BENIGNI, *Storia sociale della Chiesa*, I, in *La preparazione* (1906), se ne occupa di proposito, ma le recensioni dell'opera vi riscontrano imperfetta conoscenza delle fonti e perciò la riconoscono scarsa per la superficiale trattazione del tema. Cfr. BAVIERA, *l. c.*

(14) Meritano menzione le opere di CICCOTTI, *Il tramonto della schiavitù*, 1899, e di Mons. TALAMO, *La schiavitù secondo i Padri della Chiesa* 2, 1927. Cfr. ALLEVI, in *Scuola cattolica*, dicembre 1927, p. 415 seg.

(15) E si deve all'illustre romanista S. RICCOBONO, dell'Università di Palermo, al quale aderiscono oggi non pochi cultori di queste discipline. Il BOUCAUD, *l. c.*, ricorda, col RICCOBONO, il FERRINI e il CARUSI, « trois savants italiens qui ont élevé une *protestation* au nom de la science contre l'opinion généralement repandu ».

(16) P. e. RICCOBONO, ARANGIO-RUIZ, dell'Università di Napoli, e MARCHI, dell'Università di Siena.

(17) BAVIERA, dell'Università di Napoli, studioso serio di Diritto romano, diresse la sua *requisitoria*, troppo aspramente, contro il suo collega RICCOBONO: tale è la finalità del suo studio citato.

(18) Mentre lo stesso PADELETTI non contesta una tale influenza, sembra che dissenta il BAVIERA. Convengono però in questo anche BONFANTE e PACCHIONI dei nostri, GIRARD e LENEL.

(19) *Affermano*, col RICCOBONO, ARANGIO-RUIZ e MARCHI; *negano*, col BAVIERA, BONFANTE, PACCHIONI, GIRARD, KRÜGER e LENEL.

anche nella storia e nella nostra scienza; e, quel che più importa, verità che pur ieri sembravano incrollabili, si dileguano alla luce di nuovi documenti e della critica.

Debellato ormai lo spauracchio del rispetto umano e il prurito di... arrivismo per meriti... settari e disfattisti, nutro fiducia che i giovani, educati a nuovi metodi, sapranno con *serenità* di studio ed *equilibrio* di criterio valutativo dare veri *contributi* per la soluzione di questo arduo problema affidato al loro ingegno [20].

METODI DI INDAGINE.

Il giurista che vuole attendere a queste indagini deve innanzi tutto, e di proposito, aver presente la scultoria frase di T. LIVIO: « *nec adfirmare nec refellere in animo est* »: di gratuite asserzioni, ossia di *declamazioni* se ne sono avute per ogni verso in questa materia, ed anche il libro del TROPLONG, pregevole sotto alcuni punti di vista, non è esente di superficialità, come ebbe a rilevare lo stesso FERRINI.

Che se l'amore per la religione può condurre anche a qualche esagerazione, la passione settaria e politica può trascinare, anche in questo campo, ad eccessi di cieco livore [21].

Deve poi ben *delimitare* i periodi storici di cui intende trattare, secondo il ben noto adagio: « *distingue tempora et conciliabis iura* ». Uno studio completo dell'influenza del Cristianesimo sul Diritto romano dovrebbe necessariamente assumere una grande ampiezza per mole e per tempo. Ecco perchè da tutti è accettata la divisione in periodi della storia dell'influenza del Cristianesimo sul Diritto romano. E col TROPLONG si è d'accordo nello stabilirne

---

(20) Piace ricordare, ad edificazione ed incoraggiamento dei *Fucini*, i nomi di tre giovani cristianissimi dedicati alla causa religiosa e scientifica: di ROTONDI, « la più alta speranza dei nostri studi, rapito immaturamente e crudelmente alla scienza e alla patria » (*Bonfante*), i cui scritti usciranno quanto prima raccolti in tre volumi curati da ARANGIO-RUIZ, ALBERTARIO e DE FRANCISCI; di CASTELLI, autore di una bellissima tesi di laurea: *Della odierna capacità giuridica internazionale del Papato* e di altri pregevoli scritti romanistici; e di PULCIANO, travolto dalla guerra, autore di una dottissima tesi di laurea: *Il Diritto privato romano nell'epistolario di Plinio il Giovane*.

(21) Il PADELETTI è seguito in questo dal BAVIERA, il quale si mostra affezionato all'HARNACK, il cui libro *Missione e propagazione del Cristianesimo* egli chiama « prezioso volume ». A nessuno poi in questi giorni è sfuggito l'atteggiamento di parecchi quotidiani, i quali, a proposito di una nota giustissima dell'*Osservatore Romano* dell'11 e 12 gennaio 1926, nei riguardi della proposta riforma della legislazione ecclesiastica in Italia, si sono lasciati andare ad osservazioni e commenti poco deferenti e nulla affatto obiettivi, sì da provocare una seconda dichiarazione del medesimo nel n. 10 del 14 gennaio, e persino una lettera del S. Padre Pio XI all'Em. Card. Gasparri nel n. 44 del 22-23 febbraio 1926. Non fu passione politica? Cfr. *La Tribuna* del 13 gennaio.

tre. Un primo, che arriva alla metà del sec. III, periodo di fermentazione e di lotta, in cui si svolgono i germi del nuovo pensiero sociale e l'assorbimento e la penetrazione del nuovo nell'antico non può essere che *indiretta* e spesso *incosciente*. Un secondo, fino alla metà del sec. V, in cui l'ufficialità assunta dalla nuova religione opera *direttamente*, ed il *Codice Teodosiano* ne riassumerebbe i risultati. Un terzo, dopo questo Codice, che è addirittura un periodo di conquista [22].

Evitando possibilmente ogni questione puramente storica, è dovere del giurista in questo punto di pigliare ad esame tutto l'ordinamento giuridico, ovvero un solo istituto, e seguirlo nei suoi lenti e graduali mutamenti [23].

Ben s'intende che la Dottrina cattolica non comprende soltanto la predicazione di Gesù Cristo, ma assunse anche i primi principii naturali e gli elementi filosofici dell'Oriente, fra i quali ebbero posto d'onore lo Stoicismo e il Neoplatonismo, fondendoli insieme e dandovi il *fascino del sentimento*, che è il vero trionfatore dei secoli [24]. Il giurista però deve considerare il Cristianesimo come dottrina già formata e deve tendere all'esame della sua influenza come tale: conoscere se e fino a qual punto il Cristianesimo derivi dallo stoa e dall'ellenismo non può nè deve interessare lui.

Con tale disposizione di animo e tenendo presente una tale divisione di tempo, la ricerca obbiettiva e serena può aver luogo seguendo un doppio metodo: il *comparativo* o l'*esegetico*.

La *ricerca comparativa* negli scritti dei giuristi e degli scrittori cristiani o Padri della Chiesa è *metodo* di soluzione indicato per primo dal FERRINI [25]. Certamente non può questo ricusarsi *a priori*, ed anche sui risultati finali pare eccessivo lo scetticismo

---

(22) Questa distinzione, che rappresenta abbastanza esattamente i rapporti tra le *due civiltà*, il cui *intreccio* è ammirabile avvenimento, si avvicina di più alla divisione dei periodi storici del Dir. rom. Tutto il Dir. rom., di fatto, nella contemplazione del suo *sistema* complessivo, ci presenta parecchi stadi. « Un primo — così il CARUSI, *Diritto rom. e Patristica* — di carattere particolaristico e strettamente quisitario, può farsi arrivare sino ad un secolo e mezzo avanti l'èra volgare. Un secondo, fino all'impero, in cui, allo sviluppo esterno dello Stato, corrisponde lo sviluppo interno di norme accomodabili ai vari popoli. Un terzo, alla metà del sec. III, in cui gli elementi posti nella seconda epoca si elaborano stupendamente dai giuristi, e si costituisce così il vero Diritto romano universale. Un quarto, fino a Giustiniano, in cui il *Corpus Juris*, elaborato nel periodo precedente, subisce un bagno di generale trasformazione nella nuova società orientale che raccoglie l'eredità storica di Roma ». D'ANGELO, *Jus Digestorum*, Praelectiones I. R., 1926, I, n. 7-11.

(23) Cfr. PEROZZI, *Precetti e concetti nell'evoluzione giuridica*, in *Atti della Soc. Ital. per il prog. delle Scienze*, V (ottobre 1911).

(24) Gli stessi Padri della Chiesa utilizzano certamente stoici e neo-platonici. Per es., S. AMBROGIO riproduce in forma cristiana il *De officiis* di CICERONE.

(25) *Storia delle fonti del Dir. rom.*, Milano, p. 100.

del BAVIERA. Questo metodo, di fatto, è *critico*, *sicuro* e *completo*: si basa su fondamenti sodi in quanto da una parte si ha il *pensiero giuridico* nel Corpus I. Civ., dall'altro il *pensiero religioso* nella Bibbia (Nuovo Testamento) e nella Patristica.

Ma chi non scorge quanto « minuta e pazientissima », veramente camaldolese, non debba essere una tale ricerca? [26]. Tuttavia il periodo storico della Patristica si avvicina benissimo, nella sua divisione, a quella già veduta della storia del Diritto romano [27]. I *risultati* non saranno certamente eguali in tutte le epoche, perchè il punto culminante del contatto, dapprima solo indiretto, coinciderà solo col terzo evo patristico, che corrisponde al principio dell'ultimo periodo della storia del Diritto romano. Il *processo nello studio* è naturale, ma ardua è l'impresa [28].

Il *metodo esegetico*, più generico sì, ma egualmente *scientifico*, è però *più sicuro*, sebbene non infallibile: si fonda sulla ricerca delle *interpolazioni* con quei criteri di cui si occupano i trattatisti [29].

Come apparisce chiaro poi, mentre il *primo metodo* conduce ad esaminare l'influenza del Cristianesimo sul *Diritto romano classico*, questo *secondo metodo* esamina l'influenza del medesimo sul *Diritto giustinianeo*.

---

(26) Si pensi alla vastità della *letteratura Patristica*. L'edizione *Migne* comprende 217 volumi in latino e 162 in greco.

(27) La storia patristica, di fatto, pari a quella del Dir. rom., può dividersi in quattro periodi. « Un primo — prosegue lo stesso CARUSI, *l. c.* — che arriva alla fine del secondo secolo, di carattere prevalentemente apologetico e marcatamente greco. Un secondo, fino al principio del quarto secolo, in cui si inizia l'elaborazione dottrinale ed interviene la trattazione latina accanto alla greca; è in questo periodo che troviamo il gruppo africano, con a capo Tertulliano, ed a cui appartiene anche Lattanzio. Un terzo, fino alla metà del quinto secolo, in cui la cristianizzazione dell'impero dà campo allo sviluppo dell'attività scientifica. Un quarto ed ultimo, di sosta e di elaborazione degli elementi precedenti ». Cfr. intanto FRANCESCHINI, *Patrologia*, p. 27 seg.; MANNUCCI, *Istit. di Patrologia* 2, I, p. 6.

(28) Il FERRINI, « *In nostris studiis summus* » (*Prefatio* ad *Digesta*, Milano), gloria del sec. XX (MOMMSEN), cristiano sino al punto che il prof. OLIVI si fece promotore per la causa di sua beatificazione che si va svolgendo, iniziò tali ricerche in tre suoi scritti sulle *idee giuridiche di Lattanzio*, *Arnobo e M. Felice* (il primo in *Riv. internaz. di scienze sociali*, 1894, p. 581-586, il secondo in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, 1894, p. 343-352, il terzo in *Memorie dell'Acc. di Modena*, 1894, p. 195-210. Cfr. PELLEGRINI, *La vita di C. Ferrini*, Torino, p. 240 seg. L'idea di Lui venne ripigliata dal CARUSI, dell'Università di Roma, in uno studio « pregevole per l'equilibrio del giudizio » (BAVIERA) a titolo: « *Diritto romano e patristica* » in *Studi in onore di C. Fadda*, II, p. 71-97, in cui si completano e si ordinano i passi di Lattanzio. Meritano menzione: un recente scritto dell'avv. P. VITTON, *I concetti giuridici nelle opere di Tertulliano*, Roma, 1924, una *Prolusione* al corso di storia del Dir. ital. tenuta il 1922 nell'Università di Modena dal prof. M. ROBERTI, ora della Università Catt. « S. Cuore », *Prime influenze patristiche nella formazione del Diritto italiano*, la quale diede occasione allo scritto del CAVIGIOLI, *Vestigia di Dir. rom. in S. Paolo*, in *Scuola Cattolica*, luglio-agosto 1922, p. 16 seg.

(29) Cfr. BONFANTE, *Storia del Dir. rom.*3, II, p. 126 seg. Il RICCOBONO, nei suoi citati lavori, si fonda su criteri esegetici e promette *più larga trattazione* e la relativa *documentazione*, che ancora si attendono. Appartiene a questo stesso gruppo lo scritto del MARCHI.

TERMINOLOGIA BIBLICA.

La Bibbia, fuori ogni dubbio, riproduce il *pensiero religioso* nella sua genuinità: lo studio e la conoscenza di essa, quindi, gioverà non poco al giurista il quale voglia veramente contribuire, seguendo un metodo *comparativo* serio, critico, sicuro, completo, alla soluzione di quell'arduo problema di influenza diretta e concreta del Cristianesimo puro sul Diritto romano.

Tale ricerca non deve essere ristretta ai soli libri che gli esegeti antichi solevano chiamare, dal fine principale cui tendevano, legali, bensì estesa a tutti i canonici, specialmente del Nuovo Testamento [30]. L'indagine poi deve tendere a questo fine precipuo: esaminare se e fino a quale punto la *terminologia biblica* abbia influito, col suo contenuto, sulla terminologia tecnico-giuridica classico-romana, trasformandola e rivestendola di nuova luce.

Se, come non sarà difficile constatare in parecchi casi, la *dialettica* sobria, precisa, sicura, animata dei giureconsulti romani, quei « sommi geometri del Diritto » [31], sentì l'influsso della nuova terminologia per la quale concetti antichi, subendo il bagno delle nuove idealità, vengono, così trasformati, a pigliare col nuovo nome anche nuovo significato, la diretta e concreta efficacia del Cristianesimo potrà affermarsi con sicurezza assoluta.

È unanimemente ammesso che i Romani non si spaventarono mai delle opportune deviazioni come dal rigore logico dei principii, così, e specialmente, anche dalla rigidezza e precisione di linguaggio tanto loro cara [32]. Essi, di fatto, seppero bene ispirarsi non pure alla *subtilitas iuris* [33], ma alle necessità variabili del caso.

Orbene, negare una *compenetrazione sociale*, inducente delle necessità concrete, al grande fenomeno del Cristianesimo, e non solo nei sec. IV, V e VI, quando esso, avendo trionfato sul paganesimo, era diventato religione dello Stato, ma anche nei secoli precedenti, sarebbe un misconoscere storia e statistiche.

Se anche perciò le idee cristiane nei primi tre secoli non poterono influire direttamente, come nei secoli seguenti, sul Diritto

---

(30) Tutti i libri canonici oggi più rettamente sogliono dividersi in tre classi: *storici*, *didattici* e *profetici*. Cfr. CORNELY, *Introd. in U. T. libros* 8, Paris, 1926, p. 12.

(31) Sono note le parole del LEIBNITZ, *Op.*, IV, 3, p. 267-268: « *Dixi saepius, post scripta geometrarum nihil extare quod vi ac subtilitate cum romanorum jurisconsultorum scriptis comparari possit* ».

(32) Il *tecnicismo* giuridico indusse i giureconsulti romani persino a formare una dottrina *de verborum significatione*; anche nel *Digesto* il penultimo titolo del libro ultimo (50, 16) è una specie di *dizionario giuridico*, sebbene molto imperfetto.

(33) Cfr., ad esempio, la bella osservazione contenuta nella l. 7, C. 6, 49: « *ne, dum nimia subtilitate circa res utimur pupillares, ipsa subtilitas ad perniciem eorum revertatur* ».

romano, esse, anche *inconsciamente*, esercitarono la loro lenta penetrazione, la quale apparirà evidente istituendo *comparazione terminologica* fra voci bibliche, che si riferiscono più da vicino a condizioni giuridiche o ad istituti giuridici, ed espressioni romane, delle quali quelle vengono a pigliare il posto con contenuto nuovo e perciò diverso.

Non fu forse *indiretta efficacia* del Cristianesimo quella che preparò il campo alle continue e molteplici vittorie dell'*aequitas* e che crediamo non fosse stata del tutto estranea, persino alle dottrine papiniane? Di *aequitas* ci parlano spesso le sacre carte, e, in senso tale, da rendere assai legittima la opinione di coloro i quali vedono in essa quel sapore nuovo ch'è infiltrazione di pensiero moderno nel linguaggio antico. Resta la forma esterna e cioè la *lettera* che « uccide », ma lo *spirito* che « vivifica » (II *Cor.*, III, 6)[34] diviene altro, perchè essa, organo dell'evoluzione giuridica romana, segnerà grandi strepitosi trionfi sulle forme del Diritto rigoroso, sufficienti ad infrangerlo ed a creare anche nel Diritto classico quelle felici novità che porteranno più tardi, nel Diritto giustinianeo, a mutamento anche di nome, chiamandosi *charitas, pietas, humanitas*. Piace ricordare il salmo 118 che la Chiesa una volta faceva ripetere nel santo Officio dai sacerdoti ogni giorno alle Ore, mentre oggi si recita frazionato in undici parti, nelle sole domeniche e feste: esso è un encomio alla legge del Signore[35], menzionata in ogni versetto con nove diversi nomi[36]. La voce *aequitas* vi si incontra quattro volte: nel v. 44: « *ecce concupivi mandata tua: in aequitate tua vivifica me* », « ecco che sospirai i tuoi precetti; nella tua equità dammi la vita »; nel v. 75: « *cognovi, Domine, quia aequitas indicia tua* », « so, Jahvè, che sono giusti i tuoi giudizi »; nel v. 144: « *aequitas testimonia tua in aeternum: intellectum da mihi et vivam* », « giusti i tuoi precetti in eterno: dammi l'intelligenza, perchè viva »; e nel v. 172: « ... *omnia mandata tua aequitas* », « ... tutti i comandamenti tuoi sono giusti ».

---

(34) Anche recenti romanisti, specialmente tedeschi, si sono serviti di questa espressione paolina circa l'uso vigente da farsi del Diritto romano: « *a traverso il Dir. rom., oltre questo* » (IHERING); « *amico dello spirito, nemico della lettera di esso* » (WINDESCHEID).

(35) È d'ignoto autore (XIII del l. V) ed appartiene probabilmente all'epoca degli ultimi re di Giuda, quando re perversi e potenti idolatri perseguitavano i devoti Giudei attaccati alla legge del Signore, specialmente i figli di Profeti, ad alcuno dei quali, ancora giovane, va forse attribuito. È un salmo alfabetico con otto versetti per ciascuna lettera, e sebbene non si distingua per sublime poesia, pure è pieno di caldo affetto e di sincero entusiasmo per la legge di Dio. Confronta P. IRENEO, *Salterio romano*, p. 87-88.

(36) È chiamata: *lex*, *testimonium* (sentenza, insegnamento), *via*, *mandatum*, *iustificatio* (decreto), *eloquium*, *sermo*, *iudicium*, *verbum*.

La *equità* adunque qui è fonte di vita interiore ed intellettuale (... *in veritate*, v. 75 parag. col v. 144) ed esteriore e sociale, non soltanto perchè nel v. 172 si fa menzione di parole (... *pronuntiabit lingua*...), ma specialmente perchè il termine *mandatum* (mandata), che è oggetto di sospiro, perchè si meriti di vivere (v. 44) e di parlare (v. 172), ci ricorda le sue prerogative di *lucerna* e di *luce* [37] e la sua nobiltà così di contenuto [38] come di finalità [39].

Se si pensa che questo « *mandatum sanctum et iustum et bonum* » (*Rom.*, VII, 12) si riduce alla esecuzione della *carità*, vincolo di perfezione individuale e quindi di pace sociale, e che questa carità, sola capace di edificare (I *Cor.*, VIII, 1), è *Dio stesso* (I JOAN., II, 16), si comprenderà facilmente perchè mai lo stesso salmo 118, al v. 165, così si esprima: « *pax multa diligentibus legem*... », e S. PAOLO (*Rom.*, XIII, 10): « ... *plenitudo legis est dilectio* », e altrove (I *Tim.*, I, 5): « *Finis*... *praecepti est charitas de corde puro, et conscientia bona et fide non ficta* ».

Così la voce *charitas*, che nel concetto letterario pagano designava il caro prezzo (si ricordi la « charitas annonae e frumentariae » di CICERONE), e poi, in senso traslato, la stima e l'affetto, ora dirà vincolo unitivo con Dio stesso e con la universalità dei fratelli. Concetto questo, sino allora ignoto, come attesta BRUNS [40], concetto che, compendiando i tre noti precetti di ULPIANO (nella l. 10, 1, D. 1, 1), si manifesterà in molti istituti di diritto familiare e penale non solo, ma anche di diritti patrimoniali. E la *pietas* stessa, che era un semplice sentimento di dovere filiale, ora indicherà ogni legame di divozione verso Dio, e S. PAOLO ammonirà che è utile ad ogni cosa (I *Tim.*, IV, 8), anche, e massimamente, ad infrangere il rigore del Diritto e le sue *iniquitates*.

Persino quella *humanitas* che designava solamente una certa conformità alla natura umana, gentilezza e raffinatezza di tratto, avrà il suo nuovo significato in Diritto romano, deducendolo dai sacri libri, dove è detto: « ... *spiritus intelligentiae sanctus*... *humanus, benignus*... *subtilis* » (*Sap.*, VII, 22-23), i quali aggettivi fanno subito pensare a tutte quelle espressioni giustinianee che oggi conducono ad ammettere le interpolazioni per criterio o logico (... *subtilitas verborum, mera subtilitas, iure subtili*... *sed humana interpretatione*) o filologico (*pietatis o humanitatis intuitu,*

---

(37) *Prov.*, VI, 23: « ... *mandatum lucerna est, et lex lux, et via vitae increpatio disciplinae* ».

(38) *Mt.*, 22, 38: « (Diliges)... *est maximum et primum mandatum* ». Cfr. MR., XII, 31; *Rom.*, VII, 12; JOAN., II, 7, e III, 23.

(39) JOAN., XII, 50: « ... *mandatum eius vita aeterna est* ».

(40) In *Holtzendorffs Rechtsencycl.*, I, 4ª ed., p. 145.

humanitate suggerente) [41]. L'« *humanum dico, propter infirmitatem carnis* » poi di S. PAOLO (*Rom.*, VI, 19) fa riscontro nell'altro suo detto: « *Cum autem benignitas et humanitas apparuit Salvatoris nostri Dei: non ex operibus iustitiae quae fecimus nos, sed secundum suam misericordiam salvos nos fecit...* », « quando la benignità e l'amorevolezza rifulse del Salvatore nostro Iddio, non per merito d'opere che avessimo nella giustizia fatte noi, ma secondo la sua misericordia ci salvò... » (*Tit.*, III, 4-5).

Le idee romane subiscono certamente questo bagno di luce nuova che trasforma il contenuto dell'antica terminologia, quando identica trasformazione si riscontra anche nei Padri della Chiesa, fra' quali basti ricordare S. AMBROGIO: « ... *appellata est humanitas specialis et domestica virtus hominis quae consortem adiuvet... Subvenire enim non habenti humanitas est* » (*De officiis*, III, 3, 16 e 20).

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi, ma basterà questo brevissimo cenno per convincere che è almeno superficialità quella che pretenderebbe di escludere affatto lo studio della Bibbia come elemento estraneo alla soluzione del problema dell'influenza del Cristianesimo sul Diritto romano. Influenza non solo *morale*, come è facile ammettere, ma anche *tecnica*, specialmente sull'ultima fase nelle compilazioni giustinianee e sul seguente Diritto comune che in esse si fondava.

PAOLO DI TARSO E DIRITTO ROMANO.

« In quello stesso momento nel quale le teorie cristiane elaborate ed illustrate dal nuovo Apostolo, posto a contatto del mondo pagano, diventeranno patrimonio della nuova Roma, e, attraverso Roma, di tutto l'impero, in quello stesso momento avverrà, appunto per opera di PAOLO DI TARSO, la grande trasformazione del pensiero latino, della vita latina ed anche, come noi crediamo, del diritto, delle consuetudini, del costume del popolo nostro ». Così l'illustre prof. MELCHIORRE ROBERTI, dell'Università Cattolica di Milano, in una sua *Prolusione* al corso di storia del Diritto italiano nell'Università di Modena nel 1921 [42]. E mal non si appone — crediamo anche noi — il valoroso Professore, quando è risaputa tutta l'influenza esercitata dall'Apostolo sul costume non solo

---

(41) Cfr. BONFANTE, *Storia* 3, II, p. 144 e 150. Lo stesso vale per le voci: *benigne*, *benignitas* che ricordano specialmente la espressione paolina « *charitas... benigna est* » (I *Cor.*, XIII, 4). Cfr. *Sap.*, I, 6; *Ps.*, LXVIII, 17; LC., VI, 35; *Gal.*, V, 22.

(42) *Paolo di Tarso e le prime influenze patristiche sulla formazione storica del Diritto italiano*, in *Revue d'histoire du Droit*, Haarlem, 1922, IV, p. 101 seg.

ma anche sulla legislazione, direttamente o indirettamente, per mezzo cioè dei Padri della Chiesa, dei quali parecchi diedero buon numero di commenti e trattati sulle sue lettere.

Per quanto però molti si sieno interessati delle idee sociali di S. PAOLO[43], uno studio organico e a fondo che valorizzasse l'influenza di lui sul Diritto romano o anche di questo sul suo spirito sintetico ed assimilitore, non fu ancora fatto. Non mancarono saggi, ed anche pregevoli, su tale punto[44], ma il terreno è vasto ed a sfruttarlo « ci vorrebbe — scrive il CAVIGIOLI, *l. c.* — o un allenato romanista al corrente della letteratura paolina, o un esegeta impratichito delle febbrili ricerche metodiche, le quali, sotto la pressione dell'indirizzo critico, sfaldano le stratificazioni storiche di quel poderoso accumularsi alluvionale di elementi di imperitura grandezza che fu il Diritto romano ».

Senza avere la presunzione di contribuire in qualche modo a tale e tanto complesso lavoro, piace raccogliere quanto ne è stato detto sia riguardo all'influenza che il Diritto romano potette esercitare su di lui, sia per quel che si può riferire all'influenza sua e della sua dottrina sul Diritto romano.

Innanzi tutto va ricordata quella lenta elaborazione la quale condusse alla metà del sec. I il Diritto romano pubblico e privato a tutto quel lavorìo tendente a smussare le angolosità di un regime individualistico e rigido, aggiornandolo alla mutata fisionomia sociale ed economica, civile e politica. E sono note tutte le riforme in questo periodo di trionfi del Senato e del Diritto onorario, che poi si condenserà nell'editto perpetuo: allargato il diritto di cittadinanza, leggi e senatoconsulti che mostrano fremiti di rinnovata vita, barlumi di rispetto alla dignità umana dello schiavo (cfr. TACITO., *Ann.*, XIV, 42), ritocchi a materia familiare e successoria che rammorbidiscono antiche asprezze; sono tutte cose che non possono restare estranee alla cultura di S. PAOLO, il quale, per ragione della sua propaganda, deve certamente avvicinare magistrati e giureconsulti romani. Si pensi, p. es., alla conoscenza con l'avvocato ZENA (*Tit.*, III, 13).

PAOLO, quella straordinaria figura che trascende la razza, la terra, l'età che l'accolsero[45], seppe far tesoro anche di queste

---

(43) Il migliore lavoro divulgativo è quello pregevole di G. D'ADAMO, *Le idealità sociali di S. Paolo*, Vicenza, 1916. Piace ricordare la tante volte citata massima: « *si quis non vult operari, nec manducet* », « chi non lavora non mangi » (II *Tess.*, III, 10. Cfr. *Ef.*, IV, 28; I *Tess.*, IV, 11-12); e l'altra: « *debet in spe, qui arat, arare* » (I *Cor.*, IX, 10), versetto, questo, intraducibile, ma che è espressione di una dottrina etica e sociale perfetta.

(44) Cfr., p. es., *Vestigia di Diritto romano in S. Paolo*, del prof. CAVIGIOLI, in *La scuola cattolica*, vol. XXIII (1922), p. 16 seg.

(45) Cfr. ROSADI, *Dopo Gesù*, p. 44.

conoscenze giuridiche, servendosene a tempo e a luogo. Basti ricordare che egli seppe ben valersi della qualità e del titolo di *civis romanus* a lui convenienti sin dalla nascita, per cui era in grado di conoscere assai bene le linee maestre del Diritto pubblico dell'Urbe. Gli *Atti* sono chiari [46]: da essi risulta ancora che a sostenere l'accusa contro di lui davanti al procuratore FELICE fu scelto un avvocato romano, tal TERTULLO [47], e che PAOLO non ricorreva mai a legali, difendendosi personalmente [48].

Facciamo nostra l'osservazione del CAVIGIOLI, *l. c.*: « ... nella genialità sovrana del suo spirito di osservazione, che, sdegnoso degli impacci in cui si impigliavano i suoi connazionali, coglieva al volo qualunque elemento che potesse servire alla sua missione..., dovette afferrare e ammirare il profilo grandioso del Diritto civile romano ». E basterà qualche brevissimo accenno circoscritto alla nostra materia, rimandando a trattati più completi per quanto si riferisce a questioni anche recenti [49].

Riteniamo anche noi [50] che la concezione paolina dell'universalità della società cristiana, pur derivando come da sorgente dal concetto teocratico giudaico, aveva per l'Apostolo un riflesso nello Stato romano che per lui rappresentava il mondo conosciuto. Una tale convertibilità fra l'*orbis romanus* e l'*orbis terrarum*, del resto, non era sconosciuta nè ai classici del tempo [51], nè agli altri scrittori sacri [52].

Quella *comunione* perfetta, fondata sull'eguaglianza morale ed economica, che leggiamo in S. GIACOMO (II, 2-7; V, 1-6) e negli *Atti* (II, 45; IV, 32-34) doveva non lasciare indifferente il nostro Apostolo, e la sua *Lettera ai Romani* (« Evangelo paolino ») è « un atto di nobile impazienza verso una realtà alla quale PAOLO anelava con tutte le sue forze » [53]. « Essa è la scintilla sacra, che rianima e solleva i cuori, impedisce alla religione di materializzarsi, sviluppa il sentimento della responsabilità personale, stimola lo sforzo, riaccende le speranze languenti, infiamma i cuori della

(46) Cfr. XVI, 37; XXII, 25 seg.; XVV, 11 (in parag. della l. 1, D. 48, 3 e di PLINIO, X, 96).

(47) XXIV.

(48) Cfr. XVIII, 14. Dunque a lui doveva essere ben nota la *procedura penale*; e se non aveva molto concetto delle contese giudiziarie (I *Cor.*, VI), era per una pregiudiziale di ordine morale.

(49) Sulla questione del *Paolinismo* e *Petrinismo* cfr. GENOCCHI-CERESI-COSTANTINI, *S. Paolo*, p. 8 seg.; per le enormità storiche e religiose che si pubblicano anche oggi, e per le scuole medie, cfr. COJAZZI, riportato in *L'Osservatore Romano*, 10 marzo 1926, « *subdolo avvelenamento* ».

(50) Cfr. JACQUIER, *Hist. des livres du N. T.*, I, Paris, 1903, p. 4.

(51) Cfr. HOR., II, *Carm.*, I, 25.

(52) LC., II, 1; *Atti*, XXIV, 5; I, 8 (*Ps.*, VIII, 6).

(53) Cfr. SEMERIA, *Il pensiero di S. Paolo nella lettera ai Romani*, p. 40.

carità di Cristo, li solleva sopra tutte le forze create, li unisce indissolubile al Cuore di Dio »[54].

Il CAVIGIOLI, nel citato articolo, trova parecchie referenze paoline ad istituti romani. Così si rilevano i suoi accenni al *testamento*, e specialmente alla sua efficacia, con probabile riferimento al Diritto romano e propriamente alla teoria del BONFANTE[55]. In materia di *obbligazione* è noto il suo richiamo al « *codex accepti et expensi* »[56], classica figura del contratto letterale romano: nè sono rari i richiami ai *chirographa* e alle *syngraphae* che, in voga presso gli orientali, vennero poi ammesse tacitamente dalla giurisprudenza in sostituzione di quello[57].

Non mancano echi di terminologia forense o procedurale[58], nè rilievi che si riferiscano a quel *civis romanus optimo iure* che aveva il pieno godimento di tutti i diritti[59].

L'*adozione* poi di tipo romano suggerì a S. Paolo l'immagine rappresentativa del mistico innesto che inserisce noi come membra a Cristo[60].

Se tanto l'Apostolo sentì di influsso del Diritto romano, quanto non dovette egli influire su quello e sui suoi istituti, specie in quell'epoca in cui la teoria individualistica del *ius quiritarium* veniva stritolata sotto il lavorìo secolare del *ius honorarium* non solo, ma anche degli altri ausiliari di riforma, fra i quali non è certo ultimo il Cristianesimo?

E Paolo influì a mutare persino il concetto rigido di *justitia*, quando — com'egli fa[61] — nella sua concezione vi riconosce il divino, meritandosi l'appellativo di « Maestro di giustizia sino all'estremo confine del mondo »[62].

Se si pensa a tutta quella serie di precetti *morali*, i quali sono la prova evidente della diretta loro provenienza da Gesù stesso, e se si considerano i suoi insegnamenti circa i *rapporti familiari* e persino sul regime della *proprietà*, non sarà difficile al giurista riscontrare quanto vastamente e profondamente il Diritto romano abbia subíto il fascino delle nuove idee, predicate ed insegnate dall'Apostolo Paolo.

---

(54) TOUSSAINT, cit. da GENOCCHI, *S. Paolo*, p. 238.
(55) Cfr. *Gal.*, III, 17; *Ebr.*, IX, 16-17; *Col.*, I, 12.
(56) *Fil.*, IV, 15.
(57) Cfr. *Gaio*, III, 134; *Col.*, II, 13-14; *Fil.*, 18-19.
(58) *Gal.*, V, 26; I *Cor.*, IV, 3, dove *dies* è sinonimo di giudizio (*diem dicere*).
(59) *Fil.*, III, 20; *Ebr.*, XI, 19, e XIII, 14; *Ef.*, II, 19; I *Cor.*, V, 6.
(60) *Rom.*, VIII, 15-16, 23, e IX, 4; *Gal.*, IV, 45; *Ef.*, I, 5. Cfr. *Gal.*, IV, 1-2, e la interpretazione del CAVIGIOLI, *l. c.*, p. 106 seg.
(61) *Rom.*, III, 21.
(62) CLEM., *Ep.*, I, 5.

PATRISTICA E DIRITTO ROMANO.

Venne rilevato di recente da un E.mo Principe di S. Chiesa, il card. MAFFI [63]: « Se lo specchio vivo e fedele delle idee, dei sentimenti e delle abitudini di un popolo è la lingua, nessun popolo, a mio giudizio, più dell'italiano, dovrebbe ritenersi religioso e credente. Nata, la nostra lingua, mentre il Vangelo pervadeva le città e le campagne della penisola, e al latino classico di Cicerone e di Virgilio si veniva preparando la successione del *volgare eloquio* di Dante e del Petrarca; nata mentre la nuova fede potentemente andava trasformando i pensieri, la vita, i rapporti sociali di un mondo che scompariva, ed un altro mondo, di idee e di costumi radicalmente diversi, sorgeva..., la lingua italiana non poteva non nascere cristiana ».

Or tenendo conto della relazione fra causa ed effetto con riferimento di tempo in senso inverso possiamo anche noi asserire: non è possibile che il Diritto romano non abbia sentito l'influenza di tale espansione e non ne abbia conseguentemente subìto il fascino trasformatore di efficacia debellatrice, per opera specialmente di quegli scrittori insigni che riproducevano il pensiero cristiano in quel periodo di elaborazione e di produzione; trasformazione poi che, come crediamo, va dalla terminologia alla tecnica e persino al contenuto.

Se per poco avviciniamo al triplice periodo in cui il TROPLONG divide la storia dell'influenza del Cristianesimo nel Diritto romano, sia i quattro stadi che questo ci presenta nella contemplazione del suo sistema complessivo, sia i quattro periodi in cui suole dividersi la storia patristica, si perviene a questi dati comparativi.

Al primo periodo di « *fermentazione e di lotta* » (sino al secolo terzo) rispondono il secondo e terzo stadio del Diritto romano, e il primo periodo, con parte del secondo, della storia patristica.

Com'è chiaro, lo studioso poco potrebbe ripromettersi di ricavare direttamente da tale indagine.

Al secondo periodo, di « *opera diretta* » del Cristianesimo dichiarato religione di Stato (sino alla metà del sec. v), rispondono parte del quarto stadio del Diritto romano (sino al Codice Teodosiano) e, con la seconda parte del secondo periodo patristico, in cui troviamo il gruppo africano con a capo Tertulliano, tutto il terzo periodo della stessa storia patristica, in cui la cristianizzazione dell'impero dà campo all'attività scientifica.

---

(63) *Che peccato!...* Lettera pastorale per la quaresima del 1926, p. 5.

Questo periodo può servire non solo ad illuminare l'azione *indiretta* del Cristianesimo, ma anche, nel suo punto di contatto che coincide col terzo periodo patristico, a rilevarne l'efficacia *diretta*, costituendo così un coefficiente degno di considerazione al pari, se non più, degli altri, quale il fattore economico. Questo periodo poi è appunto quello della trasformazione del sistema classico e della preparazione a quello che fu il Diritto giustinianeo.

Al terzo periodo (dalla metà del sec. v in poi), periodo « *di conquista* », risponde la seconda parte del quarto stadio del Diritto romano, quando la società orientale raccoglie l'eredità storica di Roma, e l'ultimo periodo della patristica di sosta e di elaborazione degli elementi precedenti.

Il processo nello studio è poi naturale. Ben determinato il criterio di spoglio, se cioè fermarsi alla sola terminologia ovvero al solo contenuto, o anche all'una e all'altro insieme, occorre sottoporre ad esame le singole opere dei Padri più eminenti. « Solo quando siano esaminate le principali opere di uno stesso scrittore, si può passare alla costruzione della figura di esso, rispetto al nostro punto di vista. Per gli elementi del primo e secondo periodo, potrà, a questo punto, tentarsi la comparazione con le figure storiche di alcuni giuristi, p. e., Papiniano. Con i dati derivanti dalle ricostruite figure dei principali rappresentanti di un'epoca, si può anche porre il problema di determinare il carattere di ciascun secolo. Ed è solo quando un lavoro simile sia compiuto, od almeno abbastanza avviato, che si potranno affrontare con serietà i grandi problemi storici di ordine superiore, se ed a quale punto il Cristianesimo possa aver influito sulle vicissitudini di un determinato istituto. Altrimenti tali discussioni non possono poggiare su basi concrete. Così il CARUSI, nell'articolo citato.

Ecco dunque quel che occorre fare: *ordinamento* sistematico dell'immenso materiale patristico, *parallelo* col movimento legislativo, *analisi* minuta e concreta. Con tale metodo si potrà arrivare certamente a conclusioni esatte circa le relazioni che intercedono fra Padri e legislazione. Quali risultati abbia dato una tale indagine apparirà da quanto verremo brevemente accennando.

Accanto a questo metodo di spoglio, uno nuovo, anch'esso *analitico* e *scientifico*, va pigliando piede fra gli studiosi. Scelto un *istituto giuridico*, se ne esaminano le vicissitudini presso i Padri della Chiesa. Anche questo metodo, più facile del primo, ha dato ottimi risultati [64].

---

(64) Cfr. ROBERTI, *L'età nelle fonti patristiche*, in *Archivio Giuridico*, v. 91 (1924), p. 73 seg.

Questo metodo di *apologia scientifica*, come si ebbe agio di notare, deve la sua origine al nostro CONTARDO FERRINI, e venne poi continuato con amore dal prof. EVARISTO CARUSI e testè dall'avv. PAOLO VITTON [65]. Poca cosa ancora, ma che è garanzia di serietà, di contributo concreto ed efficace a sedare il settarismo di quanti vedevano nella questione un inutile perditempo, ovvero una chimerica illusione di pochi empirici o quanto mai di poveri matti fanatici.

Gioverà dare uno sguardo, sia pure fugace, sui Padri, le cui opere vennero esaminate, i quali tutti appartengono al gruppo africano del sec. II-III, con centro in TERTULLIANO.

1) MINUCIO FELICE è annoverato da LATTANZIO e da S. GIROLAMO fra' migliori causidici. Scrisse il dialogo *Octavius*, di cui ebbe ad occuparsi, ma non sotto l'aspetto nostro, l'elegante giurista BALDUINO; chi viceversa ne rilevò per prima i passi che o per allusioni alle tecniche frasi dei giuristi o per notizie attinenti agli istituti ed alle leggi possono avere importanza pel romanista, fu il FERRINI (in *Memorie dell'Acc. di Modena, l. c.*, p. 208). E se ne presentano undici, d'interesse non lieve [66].

---

(65) Piace stabilire i punti della *laboriosità* dei tre illustri giuristi:

1) CONTARDO FERRINI, che vagheggiò in tutti i suoi poderosi lavori questo intento apologetico (cfr. PELLEGRINI, *La vita di C. Ferrini*, p. 238 seg.), pose i capisaldi della questione e indicò il metodo da seguire per bene approfondirla nella *Storia delle fonti del Dir. rom.*, a p. 99 seg. e 103 seg. Egli stesso, poi, ne diede tre saggi pregevoli: il primo, in *Rivista internazionale di studi sociali* (a. 1894, vol. V, p. 581), col titolo: « *Su le idee giuridiche nei libri V e VI delle Istituzioni di Lattanzio* »; contemporaneamente, in *Zeitschrift der Savigny. Stiftung Rom. Abth.* (1894, p. 343), dove estende il suo studio anche su Arnobio: « *Die iuristischen Kenntnisse des Arnobius und des Lactantius* », e in Memorie dell'*Accademia di Modena* (1894, p. 195), dove lo studio si estende anche su M. FELICE: « *Le cognizioni giuridiche di Lattanzio, Arnobio e Minucio Felice* ».

Il lavoro cominciato non fu potuto continuare perchè l'attenzione del FERRINI fu assorbita da altri studi; ma il suo pensiero matura dopo di lui e prepara altre glorie alla nostra Religione, per cui ben di lui il prof. BOUCAUD, della Facoltà cattolica di Lione, nella citata sua conferenza del 16 febbraio 1912, potè scrivere: « *Il semble que Ferrini ne soit descendu de sa chair de Droit romain que pour monter sur les autels de la religion catholique* ».

2) Il prof. EV. CARUSI, ora titolare di Diritto musulmano all'Università di Roma, mentr'era professore di Diritto romano all'Apollinare, coll'aiuto di alcuni suoi alunni continuò con amore lo studio interrotto. Cominciò con TERTULLIANO e si occupò di ben trenta scrittori ecclesiastici; ma di tutto questo immenso lavoro non venne pubblicato se non uno studio pregevole che vuol essere a complemento delle ricerche del FERRINI su LATTANZIO. Comparve in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda* (Napoli, 1906, vol. II, p. 70 seg.) a titolo: « *Diritto romano e Patristica* ». Auguriamo all'illustre Maestro che possa quanto prima regalarci il resto.

3) L'avv. PAOLO VITTON, in un accurato studio: « *I concetti giuridici nelle opere di Tertulliano* » (Roma, 1924), ci dà un saggio non tenue di utili raffronti che possono servire di guida nella soluzione del problema proposto. Con delicato sentimento è dedicato « alla venerata memoria di Contardo Ferrini, che di questi studi gettò il fecondo seme e quasi divinò i meravigliosi risultati ».

(66) Cfr. MORICCA, *L'Ottavio di M. Felice*.

2) Dai libri *adversus nationes* di ARNOBIO, maestro di LATTANZIO, il FERRINI (*l. c.*, pag. 203, e *Zeit. de Savigny*, pag. 343) arreca ben 30 passi, i quali bastano a dimostrare la vasta e abbastanza sicura dottrina giuridica di lui. Infatti sono allusioni al linguaggio giuridico o accenni varii ad istituti, che possono illuminare nei raffronti. Fra tutti, degno di menzione, è un passo interessantissimo dal l. IV, p. 136-138: una supposta controversia delle cinque Minerve intorno alla *proprietà* del nome, la quale ci fa pensare alla *nominis vendicatio* in Diritto romano [67].

3) Sul LATTANZIO abbiamo tre studi: due del FERRINI, uno del CARUSI.

Nel suo primo lavoro (in *Riv. intern.*, 1894, p. 581), FERRINI si occupa delle idee giuridiche contenute nei soli libri V « *de iustitia* » e VI « *de vero cultu* » delle « *Divinae institutiones* », scritte sull'esempio di quelle dei giuristi [68], modellate anzi su quelle di ULPIANO [69]. « In entrambi i libri — scrive FERRINI — il polemista cristiano mira a dimostrare il contrasto tra le antiche idee giuridiche romane e le esigenze del Cristianesimo; contrasto ben degno di essere meditato da chi voglia prepararsi a indagare seriamente la natura e i limiti dell'influenza cristiana sul Diritto romano » [70].

Nel secondo (in *Memorie*, 1894, p. 195, riprodotto in *Zeit. der Savigny*, 1894, p. 346), il FERRINI: 1) rileva tutte le allusioni frequenti, e talora importanti, al linguaggio giuridico o agli istituti giuridici, le quali si trovano sparse nelle Istituzioni e nelle altre opere; 2) aggiunge opportuni schiarimenti; 3) fa seguire alcune indagini circa la precipua fonte di tali materie.

Il CARUSI (in *Studi per Fadda*, II, p. 70), completando le indagini iniziate dal FERRINI, giunge a questi risultati: 1) rileva altri 19 passi giuridici dalle Istituzioni e altri 3 dal trattatino « *De ira Dei* »; 2) rileva raffronti con altre opere, oltre le Istituzioni, di ULPIANO; 3) fa brevi commenti ai passi nuovi più rilevanti; 4) aggiunge molto opportunamente il quadro di tutti i testi di LATTANZIO (sono 52) [71], il confronto con ULPIANO (10 passi), e l'indice alfabetico delle voci, con riferimento al quadro, e, conseguentemente, alla fonte.

---

(67) SCIALOIA, *Diritto al nome*, p. 42 seg.

(68) Cfr. *Div. instit.*, I, 1; IV, 24 e 28; V, 4.

(69) Cfr. *Ib.*, V, 11-12.

(70) Non crediamo neppure di soffermarci un istante sull'addebito mosso dal BAVIERA a LATTANZIO (e a S. AMBROGIO), di avere cioè attinto o parafrasato CICERONE.

(71) L'ordine seguìto è quello di collocazione nelle singole opere secondo aveva fatto anche FERRINI.

Lo studioso può trarre da questi risultati gran materiale nella spinosa questione di interferenze fra Patristica e Diritto romano.

4) La bibliografia su TERTULLIANO, il quale nel disegno storico della letteratura patristica apparisce come il più tenace e forse insuperato sostenitore della fede cristiana di fronte alla romana civiltà satura di paganesimo, è ricca [72], ma poche cose vennero scritte che potessero toccare il lato nostro della questione. Il quale è duplice: 1) *storico*, sulla identità cioè dell'apologista con l'omonimo giureconsulto, i cui scarsi frammenti figurano inseriti nella compilazione giustinianea. E sotto tale aspetto non mancarono indagini serie giungendosi a risultati recisamente opposti; 2) *giuridico*, sulla elaborazione critica del materiale di contenuto giuridico ricavato dal diretto esame di tutti gli scritti dell'apologista.

Che l'apologista TERTULLIANO fosse stato un giurista, e giurista profondo, è fuori ogni dubbio: tutti, sull'autorità di EUSEBIO [73], ricordata da CUIACIO (*Observat.*, VII, c. 2, « *Opera* », I, p. 265), e da EVERARDO (*Thes. iuris rom.*, I, praef., p. 139), l'ammettono; ma qual è il contenuto veramente giuridico delle sue opere? L'opera di TERTULLIANO è stata oggetto di molte ricerche in ogni tempo: di recente vanno ricordati cinque lavori pregevoli sotto varii punti di vista: 1) GUIGNEBERT, *Tertullien* (Paris, 1901), il quale, riassumendo i risultati precedenti, studia con efficacia la figura del poderoso scrittore nei riguardi dello Stato e della società civile. Per necessità esso tocca il lato giuridico (specialmente cap. 9-10-12), e perciò presenta solo di scorcio il lato giuridico degli scritti di Tertulliano; 2) RAMORINO, *Tertulliano* (Milano), presenta la stessa mancanza, data la finalità precipua di esporre il « pensiero cristiano »; 3) DE LABRIOLLE, *Tertullien jurisconsulte*, in *Nouv. Revue histor.*, 1906. Desiderando giungere ad apodittica affermazione di identità col giureconsulto, l'A. si ferma a rilevare non tanto la copia delle locuzioni giuridiche, quanto il metodo e sistema dell'argomentazione che gli è sembrato prettamente conforme alla mentalità del giurista; 4) SCHLOSSMANN, *Tertullian im Lichte der Jurisprudenz.*, in *Zeitschr. f. Kirchengesch.*, 1906. Preoccupato di pervenire a conclusione antitetica a quella di DE LABRIOLLE, l'A. raccoglie poco più di 40 frasi giuridiche limitando così a numero scarsissimo le espressioni ispirate dal Diritto; 5) VITTON, *I concetti giuridici nelle opere di Tertulliano*, Roma, 1924, già citato. Seguendo il metodo

(72) Cfr. RAMORINO, *Tertulliano*, c. V, p. 102 seg.

(73) *Hist. Eccl.*, II, 2. Cfr. anche S. GEROLAMO, *Ep.* 58, n. 10 e *De scriptoribus eccles.*, c. LXVIII.

già tracciato dal CARUSI, l'A. presenta un ottimo saggio analitico sulle idee e cognizioni giuridiche dell'apologista fecondo e poco facondo, risolvendo infine anche la *vexata quaestio* tuttora aperta circa la identificazione col giureconsulto romano.

Il VITTON raggruppa, commentandoli, varii passi giuridici di Tertulliano, secondo il loro contenuto e riferimento ai varii istituti seguendo un ordine sistematico; e si hanno così ben sei gruppi non scarsi: 1) il primo si riferisce ai *preliminari*, ossia a quanto si attiene alle fonti, e contiene varii richiami romani, come quello dell'efficacia della legge nel tempo e nello spazio, e della consuetudine sulla legge; 2) il secondo va riferito alla condizione *delle persone* (schiavitù, persone libere, matrimonio, patria potestà); 3) il terzo riguarda le *cose*: è il più numeroso ma meno importante, eccezione fatta per la prescrizione; 4) il quarto contiene pochi e scialbi riferimenti alle *iniuriae* ed al *furtum* considerati come delitti privati; 5) nel quinto si trova un discreto numero di riferimenti alle *azioni* ed alla *procedura civile*; 6) il sesto concerne il Diritto *penale* e *pubblico*. La ricerca minuziosa e paziente è assai interessante ed agevolerà certamente lo studioso nella comparazione per stabilire sino a quale punto il Cristianesimo abbia influito sul Diritto romano.

Anche la questione dell'identità di Tertulliano con l'omonimo giureconsulto, la quale ha il suo addentellato e presupposto in questi due elementi incontestati ed indiscussi: 1) la contemporaneità dei due autori e della loro attività letteraria e giuridica; 2) la copiosa quantità delle citazioni ed argomentazioni giuridiche nelle opere dell'apologista, è sobriamente discussa dall'A. (pagina 59 seg.) e risoluta in senso negativo [74].

Anche noi siamo per la *non identità* per questi motivi: 1) è impossibile ritenere *coesistenti* l'attività giuridica e quella teolo-

---

(74) Piace riferire lo stato attuale della questione la quale è sempre aperta:

a) Si pronunziarono per la *identità*: KARLOWA, RUDORFF, FITTING, BINDLEY, TEUFFEL, HARNACK, BREMER e, più di recente, LABRIOLLE, al quale pare voglia aderire il BONFANTE, *Storia*, 3ª ed., I, p. 392, nota.

b) Furono per la *negativa*: MAJANSI, TILLEMONT, e recentemente: SCHLOSSMANN, RAMORINO (p. 57), MORICCA (*Stor. lett. lat. crist.*, I, p. 128; dice che dimostrare la identità « sarebbe opera di critica avventata »), VITTON (p. 74), D'ANGELO (*Ius Digestorum*, I, n. 184, nota).

c) Parecchi AA. preferiscono riconoscere *insoluta la questione* come NEUMANN, SCHANZ, ZIMMERN, KRÜGER. Anche il FERRINI che in un primo momento si era espresso per una probabile identità dei due scrittori (*Storia*, p. 86), in prosieguo sembra accogliere l'opinione contraria (*Memorie dell'Acc. di Modena*, cit., p. 202), rilevando che se Tertulliano fosse realmente stato il noto giureconsulto, LATTANZIO nelle sue *Istituzioni* (V, 1) non avrebbe mancato di ricordare tale qualifica, come fece di MINUCIO: « *Minutius Felix non ignotus inter causidicos... Septimius quoque Tertullianus fuit omni genere litterarum peritus, sed in eloquendo parum facilis* ». Cfr. D'ANGELO, *Ius Digestorum*, I, 184, nota.

gica nell'Apologista, quando si sa che egli, convertito fra il 193 ed il 195 al Cristianesimo, era appena un trentenne quando lasciò le discipline laiche, denominando la legislazione romana « *squalens legum silva* »[75]; 2) è improbabile che un giureconsulto tanto giovane abbia potuto comporre opere così sistematiche e conseguire tanta rinomanza da indurre ULPIANO nella l. 30, 6, D. 29, 2, a ricorrere alla sua autorità accomunandolo inoltre con Giuliano; 3) lo stile dei due assai diverso; 4) la vita dell'Apologista trascorsa quasi sempre a Cartagine, e solo per poco tempo in Roma, senza aver ottenuto lo « *ius respondendi* »; 5) il nome Tertulliano noto anche in Dalmazia, Britannia e Gallia (*Corp. Inscr. lat.*, 3, 2555; 6572; 7, 850; 899; 13, 4395), che rende facilmente attendibile la esistenza di un Tertulliano contemporaneo all'apologista, ma diverso da lui[76].

Una sola osservazione piace di fare prima di chiudere questo paragrafo ad insegnamento dei nostri buoni giovani: la predisposizione e il preconcetto anche in queste indagini, che dovrebbero essere quanto mai serene ed obiettive, maculano purtroppo anche seri studiosi inducendoli a pronunziare frasi indegne della loro coltura e del loro ingegno[77].

---

(75) Gioverà avere sott'occhio i dati dell'attività *giuridica* del giureconsulto TERTULLIANO e di quella *teologica* dell'apologista TERTULLIANO:

1° Tutta l'attività *giuridica* del giureconsulto TERTULLIANO deve desumersi dai frammenti residuati nel Digesto e dalla menzione che ne fanno altri giureconsulti. Sappiamo dunque avere egli composto: — *a*) *liber singularis de castrensi peculio*, di cui si riferiscono tre frammenti (ll. 23 e 33, D. 29, 1; 4, D. 49, 17) ed una volta si fa menzione nel Codice (l. 7, C. 5, 70). Esso pare scritto al tempo di Settimio Severo perchè vi si parla di una parte costitutiva del castrense *peculium* che venne stabilita nel tempo da Marco a Severo e forse solo sotto Severo nell'a. 195 quando l'Apologista s'era già convertito ed aveva già abbandonata la coltura laica; — *b*) *quaestionum libri VIII*, di cui due frammenti sono riportati (ll. 27, D. 1, 3; 28, D. 41, 2) ed una volta è fatta menzione da ULPIANO (l. 30, 6, D. 29, 2), dal che si deduce che quest'opera venne scritta dopo Caracalla; — *c*) Ulpiano ricorda TERTULLIANO senza designazione di opera in due altri passi: ll. 3, 2, D. 28, 5 e 2, 44, D. 38, 17, dalla quale ultima si può dedurre trattarsi di un *liber de magistratibus municipalibus*, Cfr. VITTON, p. 63.

2° Viceversa l'attività *teologica* dell'Apologista si svolse fra gli anni 197 (solo il *Liber ad amicum philosophum* sarebbe stato scritto prima) e 222. La cronologia delle sue opere secondo HARNACK e MONCEAUX, può leggersi ordinatamente disposta in VITTON, p. 12.

(76) È noto, p. es., come a tal TERTULLIANO, prefetto di città, siano state dirette costituzioni dall'imperatore COSTANTINO. Si veda nel *Cod.*, 3, 38, 3 (« *Imp. Const. ad Tertullianum* »; il Cod. Th. aggiunge: *u. p. comitem dioeceseos Africae*) e *Cod.* 8, 4, 5 (« *Imp. Const. ad Tertullianum* »; il Cod. Th. aggiunge: *u. p. comitem dioeceseos Asianae*. Cfr. Cod. Th. I, 2, 26). Essendo state queste emesse nello stesso tempo (febbr. 330) si deve supporre che si tratti di due persone diverse ovvero di una sola e che perciò le medesime siano *leges geminatae* come ritiene il BONFANTE, *Storia* 3, II, p. 134?

(77) Alludiamo all'irriverente apprezzamento che il BONFANTE nel *l. c.* della sua *Storia* 3 (I, p. 392), fa di Tertulliano che dichiara il più « fanatico dei padri della Chiesa », ed alla velenosa insinuazione che segue immediatamente in pa-

Concreta influenza del Cristianesimo sulla codificazione giustinianea [78].

In genere non si nega dagli interpreti che il Cristianesimo abbia influito sul Diritto romano giustinianeo; ma mentre alcuni ritengono che l'influenza fu considerevole (Riccobono, Marchi, Arangio-Ruiz), altri, e sono i più, pensano che si debba ridurre a ben poca cosa in genere e quasi a niente, in rapporto a specifici diritti patrimoniali (Baviera, Girard, Krüger, Lenel, Bonfante). Noi, aderendo al parere dei primi, riteniamo senz'altro che l'influenza del Cristianesimo nella vita civile e nella codificazione giustinianea fu grandissima, tanto che neppure i diritti patrimoniali restarono del tutto immuni da rilevanti innovazioni.

a) Il Cristianesimo al tempo di Giustiniano.

Se per poco si volge l'attenzione a quale importanza sia pervenuta la Religione nostra nella vita civile al tempo di Giustiniano, si comprenderà facilmente quale e quanta influenza abbia essa potuto esercitare sull'animo di questo audace codificatore.

Gli storici sono d'accordo in questo: che la Religione cattolica, già da tempo trionfatrice sul paganesimo e da due secoli Religione di Stato, formava la vita *intellettuale* e *morale* dei sudditi e degli imperatori. Riconosciuti legalmente la costituzione e l'ordinamento della Chiesa, largiti privilegi ed immunità agli ecclesiastici, compiuto ogni sforzo per mantenere l'unità della fede in tutto l'impero e stabilire cordiali rapporti tra le due società — lo Stato e la Chiesa — ecco quello che costituiva il più grande vanto dei governatori di allora, alla cui buona volontà si deve poi il risultato di quella sintesi medioevale concretizzata nell'*unus Deus, unus Papa, unus Imperator* [79].

---

rentesi: « egli... il più logico e perciò il più irragionevole dei teologi ». Sorprende, ma non fa maraviglia affatto!

Un giorno un ignorante di algebra dava... dell'illogico ad un trattatista per aver usato questa formola: 6 — 9! Se in pratica è vero che il sazio non crede al digiuno, non è men vero in teoria che il digiuno spesso vuole ad ogni costo negare la sua stima al sazio, anche quando non ve ne sarebbe bisogno! anche quando si potrebbe fare a meno di... spropositare, almeno per restare nella buona estimazione che in altro campo si raccoglie! Identica incresciosa impressione fa la sua ben nota *nota* nelle *Istituzioni di Dir. romano* circa l'influsso del Cristianesimo sul Diritto romano!

(78) Questa puntata, col titolo « *Influenza del Cristianesimo sul Dir. romano* », venne pubblicata con una introduzione, che qui si omette perchè nella sostanza riproduce le idee avanti esposte, su *Labarum*, Teano, 1925.

(79) Conf. Benigni, *Storia sociale della Chiesa*, I; Crivellucci, *Storia delle relazioni tra lo Stato e la Chiesa*, I e II.

Quanti insegnamenti quest'epoca appresta a coloro che vollero regalare all'umanità sitibonda di pace « quel fantasma di società delle nazioni — o piuttosto di società di nazioni — che si volle attuata dalla politica atea ed utilitaria con la generosità del vecchio leone della favola, ad esaltazioni delle nazioni piccole e deboli ed a liberazione del mondo » [80].

b) Pensiero di Giustiniano.

Che cosa pensasse in genere GIUSTINIANO della Religione e quanta importanza ad essa attribuisse, risulta dalle sue Costituzioni, specie da quelle che, come le *Novellae*, ci sono pervenute interamente.

Gioverà solamente farne un breve cenno, perchè un'analisi minuta obbligherebbe ad una serie indefinita di citazioni da condurre ad una noiosa enumerazione.

In talune — e sono otto — si ha l'inizio d'invocazione: *In nomine Domini nostri Iesu Christi*, mentre sono assai rare quelle che non contengono un qualche richiamo alla Religione. Pio è il linguaggio col quale si manifesta visibilmente tutto l'ossequio al Cristianesimo; dichiarazione esplicita che il potere è dato da Dio come un dono ed i sudditi vengono affidati da Dio stesso, e, dopo Dio, l'Imperatore è il padre comune; tradurre in atto la volontà divina, affrontare anche delle guerre per la libertà e la fede, creare leggi accette a Dio e a lui offrirle ponendo ogni cosa grata al medesimo; ammonire di non offendere il Signore, che elargisce favori, aiuti e guide, anzi esortare a ringraziarlo, a pregarlo, a vivere sempre a Lui presente: ecco la sintesi del denso e vasto pensiero di Giustiniano, espresso in una delle sue Costituzioni in questi precisi termini: « *Quas gratias aut quas laudes Domino Deo nostro Iesu Christo exhibere debeamus nec mens nostra potest concipere nec lingua proferre* ».

c) Parole di Giustiniano.

Più che riassumere il pensiero di GIUSTINIANO gioverà riportare le sue parole almeno su qualche punto, che alcuni recenti spiritosi banditori di libertà di coscienza e di settarie idee separatistiche dovrebbero ben meditare.

La *Novella* 8, che contiene una serie di norme dirette a reprimere gravi abusi in materia di pubblica amministrazione, contiene questo brano che, col MARCHI, riferisco tradotto dal c. 11 pr.: « Tutti innalzino inni al gran Dio e al Salvatore nostro Gesù

(80) *Civiltà Cattolica*, 1920, vol. II, p. 514.

Cristo per questa legge che darà loro modo di vivere in patria sicuramente, di possedere i loro beni senza timore e di godere la giustizia dei funzionari pubblici. In vero abbiamo fatto questa legge perchè la giustizia che è in essa valga a conciliare a noi stessi il Signore Iddio ed a rafforzare il nostro impero, e perchè non sembri che sopportiamo che si faccia ingiuria a quelli che Dio ci ha affidati, mentre sempre noi abbiamo loro riguardo, imitando la benignità Divina. Pertanto, per quanto ci riguarda, sia placato Dio verso di noi giacchè non tralasciamo di tradurre in atto tutto quello che pensiamo possa giovare ai nostri sudditi ».

La *Novella* 77, diretta a reprimere la lussuria, la bestemmia e i giuramenti irriverenti, ha una prefazione che sembra dettata da un Padre della Chiesa. « Pensiamo — dice l'imperatore GIUSTINIANO — che sia manifesto a tutti gli uomini di senno che noi poniamo ogni cura e ogni desiderio, affinchè quelli che ci sono stati affidati dal Signore Iddio vivano rettamente e divengano partecipi della sua clemenza, giacchè anche la benignità di Dio non vuole la morte ma la salvezza, e il Signore accoglie quelli che dopo aver peccato tornano sulla retta via. Perciò esortiamo tutti ad avere nell'animo il timore di Dio e ad implorare la sua clemenza; e sappiamo che questo fanno quanti amano Iddio e aspettano la sua misericordia ». E la *Novella* continua nelle esortazioni non solo ai lussuriosi, i cui atti empi fanno *destare l'ira del Signore e perire le città ed i loro abitanti*, ma anche ai bestemmiatori ed agli spergiuri, i cui delitti, fanno *perdere l'anima e vengono puniti da Dio con carestia, terremoti e pestilenze.*

La *Novella* 141 è ancora più espressiva. In essa GIUSTINIANO, assumendo piuttosto l'ufficio di Sacerdote che quello di legislatore, dichiara esenti da pena i lussuriosi che, pentiti, avessero confessata la propria colpa in occasione della Pasqua.

La *Costituzione* famosa « *Deo auctore* », con cui venne ordinata la compilazione del Digesto e che comincia con una magnifica esaltazione della potenza di Dio, nel paragrafo secondo ribadisce: « *... res quidem nobis difficillima, imo magis impossibilis videbatur: sed, manibus ad coelum erectis et aeterno auxilio invocato, eam quoque curam nostris reposuimus animis; Deo freti, qui et res penitus disperatas donare et consummare suae virtutis magnitudine potest* ».

Anche la *Novella* 109 ha un brano di grande importanza: « Crediamo la speranza in Dio essere per noi l'unico ausilio di tutta la vita dello Stato e del nostro impero, e sappiamo che questo ci dà la salvezza dell'anima e dell'impero stesso; pertanto conviene che la nostra legislazione da questa esperienza dipenda, ad essa guardi, ed essa stessa ne sia il principio il mezzo e la fine ».

Ecco fin dove penetrò e seppe dominare l'idea cristiana in questa età di vero ed assoluto trionfo. Ma, in concreto, quale fu la sua vera influenza sulla codificazione?

È necessario ciò esaminare non solo in rapporto alle norme che direttamente o indirettamente si riferiscono al culto o alla Religione, ma anche all'influsso esercitato da idee morali cristiane con ripercussioni persino sui dritti patrimoniali.

Culto e Religione in Diritto romano.

Non vi è dubbio alcuno: al Diritto sacrale pagano la legislazione giustinianea, sotto la diretta influenza del Cristianesimo, sostituisce un complesso ordinamento giuridico che occupa in esso il precipuo posto. I primi tredici titoli del Codice, infatti, sono dedicati all'*jus sacrum*, che, di più, forma parte considerevole anche delle *Novelle*. Questo *jus sacrum*, in ricca e minuta esposizione di norme, tocca ogni parte di dottrina cattolica, di culto, di costituzione e di governo della Chiesa. Dal dogma della Santissima Trinità al canto delle salmodie, dalla vestizione delle monache al loro seppellimento, dalle attribuzioni dei Vescovi ai privilegi ed alle esenzioni del clero, dal Governo all'amministrazione dei ministri di culto, tutto è regolato e prescritto, come molto ampiamente ed accuratamente riassume il Crivellucci nel secondo volume della *Storia delle relazioni tra lo Stato e la Chiesa.*

Ora questo vastissimo ordinamento giuridico non resta isolato, ma trova complemento e connessione in ogni parte della legislazione stessa, specialmente nel Diritto penale e civile.

a) Diritto penale.

Solo così, di fatto, in Diritto penale potè spuntare la speciale figura dei reati contro la Religione, come rileva il Ferrini; solo così diviene reato tenere, leggere e comporre libri contrari alla Religione (C. I, 1, 3), bestemmiare (C. III, 43, 1, 2; *Nov.* 77, c. 1), giurare irreverentemente o spergiurare (*Nov.* 77, c. 1); solo così si hanno pene rilevanti di carattere eminentemente religioso, come quella della chiusura in convento, e non solo dei chierici (C. I, 4, 34, 7; *Nov.* 123, c. 10, 1 e 11, 1 e 20), ma anche dell'adultera (*Nov.* 134, c. 10, 1) e dei divorziati illecitamente (*Nov.* 117, c. 13; 127, c. 4; 134, c. 11).

Sarebbe lungo esporle tutte. Crediamo però utile ricordarne almeno due: la pena di morte alla diaconessa che venga meno al voto di castità (*Nov.* 6, c. 6), e l'esilio per ingiuria fatta ai Vescovi, chierici e ministri di culto nell'esercizio delle proprie funzioni (*Nov.* 123, c. 31).

b) Diritto civile.

Nel campo del Diritto privato, poi, le idee religiose vanno tant'oltre che addirittura, leggendo quelle norme non solo di *jus sacrum* ma anche di altro ordine, pare di assistere ad una codificazione canonica.

Il MARCHI fa un elenco analitico dell'influenza diretta della Religione in questo campo; a noi piace solo fugacemente accennare senza neppure insistere nelle citazioni delle fonti.

Così, in riferimento a questo *jus sacrum*, è notevole il concetto nuovo che la confessione religiosa debba avere decisiva importanza per la capacità giuridica, la quale perciò viene limitata negli eretici, apostati e giudei, mentre è speciale negli ecclesiastici, dei quali vengano civilmente riconosciuti i voti di castità e povertà. Parimenti la Chiesa cattolica e le singole Chiese sono rivestite di giuridiche capacità: e se le *piae causae* non vennero riconosciute come subietti autonomi di Diritto, certo è che ottennero regime amministrativo di particolare favore.

Degne di rilievo sono le disposizioni che si riferiscono alla facoltà di testare nei chierici ed alla loro condizione speciale di fronte ai diritti familiari.

A questo *jus sacrum* giustinianeo possono proficuamente ispirarsi le nuove Commissioni create in Italia per la riforma dei codici e della legislazione ecclesiastica.

Ma anche in altri istituti romani non sacri, la trasformazione operata dalla Religione è grande. Il concetto di diritto naturale, come proveniente da Dio autore della natura, è concezione nuova come l'impedimento di cognazione spirituale.

Il riconoscimento dei giorni festivi con la sospensione dei pubblici spettacoli, la manomissione «in Ecclesia», il giuramento, sono saggi di quella benefica influenza della Religione, che dovrebbe condurre su ben altra via anche gli odierni legislatori.

IDEE MORALI CRISTIANE NEL DIRITTO ROMANO.

Qui le opinioni degli autori sono discordi, in quanto — dicono alcuni — è facile attribuire al Cristianesimo tutto quel progresso nell'etica sociale che viene da altra sorgente, e cioè dalle dottrine della filosofia ellenica, in primo luogo dallo stoa.

Lo Stoicismo, di fatto, contribuì potentemente ad addolcire i costumi e la legislazione romana sin dal tempo di Adriano, specialmente con l'idea di fratellanza umana e di giustizia più blanda.

Ma la risposta è agevole quando si pensi che il Cristianesimo

aveva assunto tutti i buoni elementi del paganesimo e li aveva saputo fondere intimamente con le sue dottrine e con la sua morale [81]. Fra questi lo Stoicismo e il Neoplatonismo, per cui non a torto fu scritto che S. Ambrogio riproduce in forma cristiana il *De officiis* di CICERONE.

Ma che perciò? Innanzi tutto il Cristianesimo influì sulla codificazione giustinianea come una *dottrina già formata*, ed ogni indagine di depurazione, come quella che tocca le fonti, è questione storica che, non toccando noi, è addirittura fuori proposito e fuori luogo; e poi: chi è che non scorge la enorme differenza fra etica stoica, tutta ideale, ed etica cristiana, che tocca la vita pratica, come il diritto?

Le idee morali cristiane esercitarono, senza dubbio, grande influenza sulla codificazione giustinianea, specialmente quella della castità e della carità, sicchè, salve rare eccezioni [82], essa può ritenersi nel suo complesso legislazione cristiana.

E le stesse eccezioni sono dovute alla lentezza ed alla gradazione con cui per forza di cose avviene un qualsiasi mutamento giuridico, il quale è quasi sempre il risultato di uno svolgimento più volte secolare [83].

a). Castità.

La sollecitudine ed esigenza dell'imperatore Giustiniano apparisce chiara per quanto concerne la *purezza del costume* e il vivere onesto e ordinato.

Non severità verso le vedove che passano a seconde nozze, sebbene lo stato di castità venga riconosciuto e favorito come più perfetto di quello matrimoniale (*Nov.* 2, c. 3); ingiunzioni continue perchè i sudditi, se anche vincolati dal giuramento di non recedere dalla vita licenziosa che non tiene affatto (*Nov.* 51, praef.), vivano casti: « sanciamo — così nella *Nov.* 14, c. 1 — che tutti si comportino quanto più possano castamente, perchè solo la castità può rendere accette a Dio le anime degli uomini ». A quelli poi che vivono casti si conferiscono diritti a preferenza dei lussuriosi (*Nov.* 18, c. 5 e 89, c. 12, 5).

Or questa virtù, sbocciata a piè della Croce sul Calvario, fondamento della vita cristiana, così esaltata ed imposta, non può non determinare innovazioni profonde nel campo del Diritto, e non nel Diritto di famiglia soltanto, come comunemente si crede.

---

(81) RICCOBONO, *l. c.*, p. 40.

(82) Cfr. l'istituto della *schiavitù* e il *divorzio*; così pure alcuni testi apertamente contrari alla morale cristiana (l. 6, 2, D. 7, 7).

(83) Cfr. PEROZZI, *Precetti e concetti dell'Evoluzione giuridica.*

La materia è vastissima: basterà farne un solo cenno, assai rapido.

La tutela della *pudicizia* muliebre nella vita civile trova larga applicazione, anzi un gruppo di costituzioni si propone di facilitare alle donne di teatro l'abbandono della vita delle scene e il ritorno alla vita onesta (cfr., p. es., *Nov.* 51, 89 e 117).

Il Diritto *matrimoniale* subisce radicali riforme, a cominciare dalle leggi Giulia e Papia Poppea, il cui vasto ordinamento va in frantumi di fronte al nuovo ideale cristiano della castità [84]. Introdotti nuovi impedimenti, vengono ridotti e disciplinati i casi di divorzio e sottoposte a speciali riguardi le unioni estramatrimoniali e la condizione giuridica della prole nata fuori matrimonio (GIRARD).

Anche sul Diritto *penale* l'idea cristiana della castità influisce profondamente. Di qui le varie severe repressioni dei reati contro il buon costume, come il lenocinio esercitato dal « paterfamilias » sulla « filia in potestate » o del « dominus » sull'ancella, il meretricio, il ratto, l'incesto, l'adulterio, l'abuso tra uomini [85].

Una sola cosa piace ricordare, che si riferisce alla mitezza di Gesù verso l'adultera (GIOV., III, 1-11): Giustiniano, mentre condanna all'uccisione l'adultero, dispone che la donna adultera venga percossa solamente e rinchiusa in monastero (*Nov.* 134, c. 10, 1).

b) Carità.

A questa virtù, prima fra le teologali, e che riassume tutta la dottrina di Gesù Cristo, l'imperatore GIUSTINIANO dirige il suo sguardo imperativo e la sua attività legislativa, ed i risultati concreti sono troppo evidenti.

Essa viene, e non a torto, considerata come cosa la più preziosa (*Nov.* 118, c. 1), « *per quam solam Dei servatur imitatio* » (C. V, 16, 27, § 1): è anzi il Signore che viene considerato come ispiratore delle nobili azioni di carità (*Nov.* 147). È la carità che deve rendere legislatore (*Nov.* 98, 2) e giudici dei veri padri (*Nov.* 8, c. 8 e 10, § 1, in fine), anche coi cattivi e colpevoli (*Nov.* 12, 2 e 5, 2, 1).

L'idea del *perdono* poi appare nelle *Novelle* 77 e 141, le quali richiamano la massima cristiana che « Dio non vuole la morte del peccatore, ma che si converta e viva », e ritorna nella *Nov.* 132 concernente gli eretici e nella piissima costituzione (C. V, 4, 34 pr.) relativa alle *mulieres scoenicae*.

---

(84) Cfr. ROTONDI, *Leges pub.*, in *Encicl. giurid. ital.*; ARANGIO-RUIZ, *Ist.*, II, 193.

(85) Cfr. FERRINI, *l. c.*

Confondere queste idee morali così cristianamente sentite con le nozioni di *filantropia* e *liberalità*, parole sublimi presso gli Stoici, ma circoscritte, in pratica, ai soli amici, affini e compatrioti, sarebbe troppo enorme eresia. Se da una parte, di fatto, si pongono gli scritti di PLINIO il Giovane (*Ep.*, IX, 30), di CICERONE (*De off.*, III, 15, 63) e di M. AURELIO (V, 31), e dall'altra il *S. Vangelo*, le *Epistole degli Apostoli*, specie di S. PAOLO (II *Cor.*, 13) e il racconto dell'arguto satirico LUCIANO, scettico ma ardito amico del vero, in *De morte Peregrini*, 14, sulla vita dei primi cristiani, la differenza risalterà chiara.

Era dunque la cosa più naturale che questa elevata idea morale, proveniente senza alcun dubbio da cristianesimo puro e non da fattori sporadici, tanto profondamente sentita da Giustiniano, avesse dovuto determinare nella mente del legislatore e nel campo del Diritto — e non del Diritto di famiglia soltanto — innovazioni profondissime. Un cenno assai rapido ed incompleto pur nei limiti dei soli diritti estrapatrimoniali basterà a convincercene.

La carità cristiana ispira la *clemenza* con i rei (*Nov.* 134, p. es., c. 13, interpolazioni in *Dig.*, 38, 17, 1, 6 e 48, 19, 11), coi debitori (*Nov.* 135), specialmente con i semplici (cfr. *Nov.* 32, 33, 34; C. 6, 23, 31 pr.).

La *pietas* cristiana viene a prendere posto, nel Diritto ultimo, fra i motivi legislativi; piace ricordare due punti soltanto: la *pazzia* rispetto al divorzio e il *diritto* innanzi alla morte, nei quali questo nuovo elemento induce a sostanziali interpolazioni.

In un testo di ULPIANO, ampliato però da GIUSTINIANO nelle *Pandette* (l. 22, 7-8 D. 34, 3), campeggia un sentimento così vivo di pietà per il coniuge ammalato che non può non attribuirsi all'etica cristiana [86].

La fede poi nella vita futura e nella resurrezione dei corpi, che fra i cristiani aveva alimentato un vero culto alle spoglie mortali, doveva condurre alla proibizione della cremazione ed all'obbligo del seppellimento. Di qui il dovere del marito di seppellire il cadavere della moglie pur senza dote (D. 11, 7, 28), l'atto pietoso imposto agli estranei come un *negotium totius humanitatis* (D. 11, 7, 14, 7), come opera di misericordia corporale.

Notevole la decisione di MODESTINO, discepolo di ULPIANO, nella l. 27, D. 28, 7 (materia testamentaria).

Riprovate ed annullate le aberrazioni pagane, la legislazione giustinianea provvede al seppellimento gratuito dei poveri (*No-*

---

(86) Ad erudizione si legga lo schema delle forme dell'attuale Codice civile a questo punto, specie la relazione del romanista BAVIERA, in *Atti legislativi*, 1923, p. 9620 seg.

vella 59), e permette che lo schiavo riposi accanto al padrone in una pace più degna [87].

Conclusione.

Un ordinamento giuridico, come il giustinianeo, che afferma coraggiosamente la speranza in Dio essere scopo supremo della legislazione, che impone di professare la Religione cattolica, che uniforma il Diritto ai dettami etici della religione stessa, attribuendo efficacia giuridica persino ai voti di castità e povertà, è ordinamento giuridico-cristiano *più cristiano della stessa società* (Troplong).

È da ritenere, adunque, così sicura l'opinione, la quale attribuisce al Cristianesimo e alle sue idee morali una *diretta influenza rilevantissima* sul Diritto romano giustinianeo, che, per spiegare come sia potuto avvenire che Romanisti anche di alto valore abbiano potuto seguire un diverso avviso, deve ammettersi che costoro, quando non sieno accecati da settarismo, non abbiano voluto riferirsi alla codificazione giustinianea nel suo complesso, bensì a qualche parte di essa.

Ed anche qui gli assalti muovono dallo *studio comparato* delle religioni, le cui cattedre si moltiplicano di giorno in giorno nelle varie Università anche nostre.

Stiano bene in guardia i nostri giovani dal facile entusiasmo [88], ben ricordando costoro la fervida preghiera rivolta ai persecutori della Chiesa nascente dall'apologista Tertulliano in favore della medesima: « *ne ignorata damnetur* » [89].

---

(87) Cfr. De Rossi, *Roma sotterr. crist.*, I, 48.

(88) Cfr. *Civiltà Cattolica*, 21 febbraio 1925, p. 501 seg.

(89) Le innovazioni determinate dalle idee cristiane, nel campo dei *diritti estrapatrimoniali*, aprono la via a rilevare quali mutamenti abbiano anche le medesime operato sull'ordinamento dei *diritti patrimoniali*: ma richiedendo questi un serio esame, specialmente esegetico, dei testi, rimandiamo ad altro tempo la esposizione di questa complessa e discussa materia.

II.

Per una introduzione scientifica allo studio del "Codex Juris Canonici".(*)

La bibliografia sul *Codex Iuris Canonici*, dalla sua pubblicazione (28 giugno 1917) ad oggi, si è andata man mano arricchendo di lavori, fra i quali molti pregevoli, che lo studiano e lo espongono nel suo complesso, ovvero nelle sue parti, o anche in qualche punto speciale [1]. All'interessamento che non solo ecclesiastici, ma anche laici di ogni fede e nazione avevano mostrato per una tale codificazione sin dal primo annunzio di essa con il « motu-proprio » di Pio X « *Arduum sane* » del 19 marzo 1904, rispose subito la fretta febbrile di parlare del risultato concreto di quattordici anni di lavoro assiduo; e come già per le *previsioni*, così per il *valore* del Codice pubblicato non mancarono giudizi e critiche in tutti i sensi.

La nota controversia tra SAVIGNY e THIBAUT, che la storia aveva risoluto col trionfo di quest'ultimo sull'altro, fiero avversario di ogni codificazione come opera che avrebbe arrestato lo sviluppo della scienza giuridica, si riaccese, e più viva, sebbene forse, sotto altro punto di vista, tra gli scrittori, specialmente italiani, francesi e tedeschi. Era veramente *necessaria* o almeno *utile* una tale impresa? Era anzi *possibile* raccogliere tutto il Diritto vigente nella Chiesa?

E di commenti più o meno azzardati o quanto mai affrettati, che rispondessero alle proposte difficoltà, non ne mancarono, come non

(*) Da *Studium*, Rivista Universitaria, Roma, 1926.

(1) La vasta bibliografia sino al 1921 è stata raccolta dal prof. V. DEL GIUDICE, in *Archivio giuridico*, LXXXV (1921), p. 289 seg.; la posteriore può leggersi sul *Monitore Ecclesiastico*, 1922, p. 309 seg., o su *Ephemerides Theologicae Lovanienses*, 1924-1926.

mancarono ingiusti rilievi su riviste persino di opposta sponda [2]. Però, come già aveva fatto con sorprendente rapidità, nel 1918, un serio studioso tedesco, protestante ma critico sereno, lo STUTZ, professore di Diritto ecclesiastico già all'Università di Bonn, ora a quella di Berlino, con il suo volume *Spirito del Codex Iuris Canonici* [3], si attendeva anche fra noi un simile lavoro, da servire da introduzione scientifica allo studio del Codice di Diritto canonico, specie per i nostri giovani universitari.

Non si omisero espressioni di desideri in tale senso da parte di studiosi nè, certamente, sarebbe mancata in molti la capacità di potersi accingere a tale impresa non facile nè lieve: mancò forse il coraggio per eccessivo senso di umiltà, e si pervenne così, fra il silenzio dei NOSTRI, alla pubblicazione di una *Introduzione* del prof. MARIO FALCO, titolare di Diritto ecclesiastico nella R. Università di Milano, già conosciuto per altri articoli in materia, prima e dopo il Codice [4]; unica, sin'oggi, è apparsa fra noi, pei tipi dei Fratelli Bocca (Torino, 1925), dal titolo: *Introduzione allo studio del « Codex Iuris Canonici »*.

I cultori in genere l'accolsero con entusiasmo, non già forse, e sempre, per i *risultati*, in sè, delle indagini, ma piuttosto per il *metodo* strettamente scientifico usato nella scelta e distribuzione della materia. Non mancarono però giusti rilievi nelle recensioni della stampa nostra, dei quali i cattolici bisogna pure che facciano gran conto, specie quando provengono da Riviste serie e sode di ortodossia indiscussa e indiscutibile, come la *Civiltà Cattolica* (a. 76, vol. II, q. 1799, 6 giugno 1925, p. 446) ed *Ephemerides Theologicae Lovanienses* (a. III, f. I, ian. 1926, p. 89 seg.).

Non conosco la *fede* dell'A., ma l'animo non cattolico di lui viene argomentato, in *Civiltà Cattolica*, da questi due fatti: dal suo nome comparso in pubblicazioni protestantiche tutt'altro che scientifiche e da alcune sue frasi irriverenti verso la suprema Autorità della S. Sede in questa pubblicazione (p. es. a pag. 30, 89, 94, 275, ecc.).

Si comprende così di leggieri a quali e quanti difetti abbiano potuto condurre investigazioni e ricerche in campo non proprio. Se, di fatto, alla mancanza di una soda formazione canonica e

---

(2) Basti citare ad esempio *Bilychnis* (1919), con parecchi articoli di un tale BALDUCCI: *Mancanze di garanzie nello Schema e nel nuovo Codice di Diritto canonico e saggio su le fonti.*

(3) *Der Geist des Codex Iuris Canonici.* Stuttgart, 1918.

(4) Ricordiamo: *Il novissimo Diritto della Chiesa cattolica*, in *Riv. di Diritto pubblico*, 1910, I, p. 342 seg., e *Il « Codex I. Can. » e il Diritto anteriore*, in *Archivio giuridico*, 1923, XC, fasc. 2°, riprodotto con poche modificazioni nella *Introduzione*, p. 49 seg.

teologica, senza la quale è impossibile formarsi un'idea esatta della società ecclesiastica, del suo potere legislativo e dei suoi canoni, si unisce per poco il partito preso di rendersi ipercritico passionale, apparirà chiaro il perchè di tante e non lievi inesattezze, quante se ne leggono in quasi tutti gli argomenti trattati dall'Autore.

L'opera, di 326 pagine, è divisa in 14 capitoli, nei quali l'A., come dice nell'Avvertenza, si propone il compito, « strettamente giuridico e sistematico, di tracciare la storia della codificazione, di studiare la tecnica legislativa del Codice, di esaminare le relazioni di esso con il Diritto anteriore, di esporre la parte generale, di rilevarne le innovazioni più importanti, di mostrare che cosa esso rappresenti nella storia della legislazione ecclesiastica e nella storia universale della codificazione delle leggi ».

Intendimento nobilissimo che, condotto con serenità pari alla cultura vasta ed all'acuto criterio giuridico addimostrato, in complesso, nell'opera, che certo non manca di pregi e di utilità, avrebbe reso un vero contributo alla scienza canonica, completando il lavoro dello STUTZ, il quale si era proposto di esaminare il Codice « sotto il triplice aspetto storico, giuridico, politico; di studiarne la importanza dentro e fuori della Chiesa, in particolare per la Germania e per gli acattolici; di *penetrarne le viscere* e di metterne in luce lo spirito dominante ».

I più importanti capitoli del FALCO sono il terzo: *La materia, la tecnica e il sistema del Codice*, e il decimoquarto: *Il carattere e il valore del Codice*, come quelli che, sotto forma del tutto nuova, perchè mai *ex professo* trattata così dai canonisti, contengono materia di somma importanza scientifica.

Il *tecnicismo giuridico-canonico*, di fatto, è una vera, assoluta necessità per la formazione di un giurista non solo, ma sopratutto, per un canonista, perchè se il giurista senza la conoscenza dei canoni vale poco, il canonista senza quella del Diritto civile vale men che niente, insegnando il FAGNANO: *Legista sine canonibus parum valet, canonista sine legibus nihil.*

Eppure questo tecnicismo è dei meno studiati come oggetto a sè. I civilisti, facendo utilmente uso della magistrale opera dello JHERING, *Spirito del Diritto romano*, attraverso il Diritto romano, ma oltre di questo, amici più dello spirito di esso che della lettera, potettero almeno pervenire ad un tecnicismo, certo non perfettissimo ma abbastanza sicuro, a base romana, se non altro capace di una seria trattazione nelle scuole; ma i canonisti ne avevano evitato anche lontanamente uno studio a parte.

Sotto questo punto di vista perciò a nessuno sfuggirà la importanza della trattazione del FALCO, che su tale punto contiene

interessanti, ben fondati e suggestivi rilievi, com'ebbe a riconoscere il BONNEAERT (*Ephemerides*, *l. c.*), il quale loda l'accuratezza e la maestria addimostrata dall'A. nell'analisi comparativa di termini e locuzioni, sparsi nei 2414 canoni del Codice, di cui si mettono in evidenza ineleganze, neologismi e abbreviazioni, l'uso di termini non giuridici, inesattezze, ripetizioni e via dicendo.

Ma, diciamolo francamente, la lode è troppo esagerata, poichè la materia, così com'è trattata, non è immune da errori che rivelano nell'A. una mancanza di sodezza nelle nostre discipline, senza la quale un lavoro, anche quando, come questo, è frutto di lunghi studi e di pazienti ricerche, non riesce nè può dirsi perfetto, neppure sotto il punto di vista scientifico.

Non è mio proposito passare a rassegna tutta la trattazione, nella quale io credo che gli *utili suggerimenti* dati dal professor JEMOLO, cui l'A. esprime la sua viva gratitudine, forse siano stati diretti a raddolcire l'acredine di espressioni critiche: parecchie osservazioni, infatti, si potrebbero fare, che si riferiscono a valutazione di contenuto e di comparazione, che spesso conducono a confusioni di termini e di concetti. Piace però fermarmi sul solo terzo capitolo, il più originale certamente, come s'è notato, ma nel quale l'animo dell'A. di voler pescare, come suol dirsi, il pelo nell'uovo, apparisce chiaramente in parecchi punti, di cui almeno qualcuno va qui rilevato ad ammaestramento di quelli che attendono alla formazione giuridica.

Il liviano precetto dettato a chiunque si accinga a fare studio scientifico e critico, di non avere cioè pregiudizio alcuno in mente, ossia predisposizione di animo nè favorevole nè sfavorevole alla materia da trattare, è ben lungi dall'illustre professore, quando, come egli fa nelle n. 4-5 a p. 8 e nelle n. 1-2 a p. 9, si attarda nel far notare una certa punteggiatura da correggersi nella *Prefazione* dell'E^{mo} cardinale Gasparri al Codice, o quando, come nella 3^{a}, p. 9, prospetta, con lo STUTZ, l'importanza di alcuni *postulata* in confronto di altri, nel che non manca una certa insinuazione velata.

Precisione ed esattezza scientifica, si dirà; e passi, ma eguale diligenza avrebbe dovuto usare l'A. nel ricercare tra le fonti se vi fosse stata mai altra collezione canonica che si chiamò *Codex*. Se egli, di fatto, avesse avuto più cura nel consultare, per es., la *Storia dei Concili* di HEFELE, la originale in tedesco, ovvero la tradotta in francese dal LECLERCQ, con quella stessa accuratezza, degna veramente di investigazioni più profonde, che ha usato nel confrontare autori liberali, non sarebbe caduto in quell'errore e conseguentemente in quella critica ingiusta che leggesi nella nota 1 a pag. 31, la quale dice: « Questa formula ufficiale

novus totius canonici iuris Codex, ripetuta in... documenti papali, in quanto voglia significare un contrapposto con un Codice antico, è evidentemente erronea, non essendovi un Codice anteriore ». Nel t. III, p. 1149-1200 (ed. 1919), HEFELE-LECLERCQ invece ci espone origine ed evoluzione di un *Vetus Codex*, ed ogni più elementare trattato di introduzione storica ci ricorda, accanto a questo, altre *codificationes canonum* conciliari, come il *Codex canonum* calcedonese (a. 451), tutte le collezioni orientali di cui si occupa A. MAI, *Script. vet. nova collectio*, 1838, t. X, le versioni latine del *vetus Codex*, fra cui il *Codex theatinus*, e la notissima collezione dionysiana conosciuta sotto i nomi di *Corpus canonum* o di *Corpus codicis canonum*.

Chi mai oserà muovere critica a Giustiniano se egli, in vista di altre collezioni già esistenti, chiamò il suo Codice di leggi *Novus codex*, come ricorda il BONFANTE, *Storia*[3], II, p. 48? La *novitas* io credo possa ben riferirsi non solo al nome della collezione, ma anche alla *veste*, alla *forma*, alla *redazione*.

Ma saranno almeno tutte esatte le osservazioni sulla tecnica legislativa e giuste le critiche mosse contro di essa? Non pare.

Quanto alla *lingua* (il linguaggio giuridico infatti è punto principale del tecnicismo giuridico), l'A., pigliando le mosse dal desiderio della Commissione espresso nelle istruzioni 11 aprile 1904, secondo le quali questa doveva essere degna « *quantum liceret, sacrarum maiestate legum, in iure romano tam expressa feliciter* », la dice « lodata per semplicità e chiarezza, per fluidità e precisione, ed anche per sobria eleganza », ma aggiunge: « in verità essa è quasi sempre semplice e chiara, ma è assai spesso trascurata e quasi grossolana e talvolta disuguale ed imprecisa ».

Da parte i rilievi specifici, in genere, sono sfuggiti all'acume dell'illustre A. alcuni dei motivi precipui per cui un Codice ecclesiastico debba avere quelle doti, evitando ricercatezza e studiosità.

Il linguaggio di un Codice dev'essere giuridicamente chiaro e preciso: è proprio qui la difficoltà di ogni codificazione, e la riconobbe già Quintiliano quando scrisse (V, 15): « *Iuris consultorum summus circa proprietatem verborum labor est* ». Il Codice non deve assumere tono didascalico: « *iubeat non disputet* » (SENECA, *Ep.*, 94); la scienza fa teorie e discute, la legge deve comandare. Contro queste ovvie ed elementari regole urtano molti canoni del Codice canonico, ci insegna l'A. a pag. 46: alcuni canoni, di fatto, contengono principii dommatici (can. 737, 801, 911), altri principii dottrinali (can. 18, 29), altri notizie storiche (can. 762, § 1, 793, 824, §1); non mancano definizioni

(can. 198, 80, 145, § 1, 1448) nè persino classificazioni (can. 726, 1411, 1449).

Da parte che anche Codici civili, specie quelli a tipo prussiano ed austriaco, sono in questo difettosi, non esclusi quelli tedeschi più recenti e quelli a tipo francese, nei quali non mancano anche definizioni, è sfuggito all'A. la *finalità* eminentemente *pratica* del Codice canonico, destinato a studiosi non solo, ma anche, e specialmente, a parroci di campagna ed a sacerdoti semplici, ai quali la disciplina, da dedursi dai sommi principii dommatici, va imposta in maniera facile. Ecco perchè in qualche punto del Codice stesso non mancano neppure delle esemplificazioni, come nel can. 34.

La *dialettica* di un Codice vuole essere precisa ed uniforme: nel Codice canonico manca uniformità terminologica, e l'A., a p. 41 seg., ne adduce molti esempi. Ma anche qui, con la buona pace dell'illustre professore, sia lecito umiliare qualche osservazione di indole generale. La oscillazione della terminologia nel Codice è dovuta certamente anche a quei *motivi estrinseci* ammessi pure dall'A.: « alle volte a causa della riproduzione testuale di passi delle antiche leggi, alle volte a causa del mancato coordinamento di parti dovute a diversi collaboratori », fra i quali, che si conosca, due soli erano romanisti di professione, GIUSTINI, già professore di testo romano all'Apollinare di Roma, poi cardinale, e FISCHER, professore di Diritto romano all'Università di Breslavia. Ma, principalmente, essa va riposta in *motivi intrinseci* di ben altra indole: nella natura stessa delle leggi che venivano codificate e nella estensione territoriale della loro applicazione.

Il Codice di Diritto canonico non è un complesso di *nomos*, ossia di leggi rigide, rigorose, assolute, bensì di *canones*, ossia di regole soavi, da interpretarsi sempre con quell'equità tutta propria di cui si fa menzione nel can. 20. È risaputo che la precisione di linguaggio è in ragione diretta con la rigidezza applicativa e interpretativa della norma stessa: chi, p. es., negherà che le leggi delle XII Tavole usino un linguaggio veramente matematico, mentre poi, man mano che la « aequitas » si evolve con sapore filosofico ad infrangere il rigore del Diritto, i Romani stessi non si spaventano certamente di opportune deviazioni dal rigore logico dei principii e persino della dialettica?

La proprietà di linguaggio, che importa uniformità di terminologia, è inoltre in ragione diretta con la estensione applicativa della norma. Se, secondo la nota espressione del LEIBNITZ, i giureconsulti romani furono per la precisione di dialettica « i sommi geometri del Diritto », potettero esserlo allora solo quando tutta la legislazione romana non si estendeva oltre il Lazio o era

circoscritta a ben limitata cerchia; ma quando l'impero estese le sue aquile in tutto l'Occidente, e poi anche nell'Oriente, nella terminologia le oscillazioni furono inevitabili. Si pensi, p. es., all'*actio aquae pluviae arcendae*, e si giudichi se poteva pretendersi in un Codice canonico, che doveva avere vigore in tutto il mondo, quella uniformità di linguaggio che urta contro le necessità diverse dei diversi popoli.

Nella specie, poi, è forse nuovo che le parole « *ius* » e « *diritto* » si adoperino in diversi sensi? E non è così anche in Diritto romano e persino nelle leggi delle XII Tavole, dove la espressione « *ita ius esto* » ha un senso dinamico? E non lo rilevano autorevoli trattatisti, fra i quali basti ricordare il FILOMUSI-GUELFI nella sua nota *Enciclopedia giuridica*? Di più, chi non conosce la sinonimia delle espressioni « ius canonicum » e « ius ecclesiasticum »?

Altre osservazioni potrebbero aggiungersi, ma piace por termine con un ultimo rilievo sul modo come l'A. giudica il *sistema distributivo* del Codice canonico.

Non pare certo fondata l'opinione del BOUCAUD, dell'Università cattolica di Lione, in *Chronique sociale de France*, XXVIII, p. 449, il quale riconoscerebbe il piano distributivo della materia del Codice canonico nell'opera di LABEONE, *Jus pontificium*, di cui fa menzione il FERRINI nella sua *Storia delle Fonti del Diritto romano*, p. 59. Se la materia del Codice non venne distribuita secondo il primitivo disegno, e specialmente se ebbe luogo spostamento e cambiamento di titolo al libro V « de iudiciis » delle Decretali, che diventò il IV « de processibus » del Codice, altri si sono interessati, fra cui il *Monitore Ecclesiastico* di Roma, 1921, p. 15 seg. Piace rilevare solo questo punto di indole scientifica: non è da confondere affatto il *sistema scientifico* col *sistema legislativo*; quest'ultimo non può nè deve giudicarsi dal punto di vista della scienza, e se, sotto tale punto, un Codice può essere oggetto di critica, può il medesimo riuscire utile per una distribuzione legale che ne avvantaggia e facilita la *pratica*, cui specialmente esso tende.

I Codici tedeschi più moderni, divisi in cinque parti, seguono certamente un sistema più scientifico del francese, che segue la tripartizione gaiana; ma il vantaggio pratico di quest'ultima distribuzione, a preferenza dell'altra, induce i critici ad essere meno accaniti (cfr. AUBRY-RAU, § 7, n. 2).

Il Codice canonico quindi, diretto principalmente alla *pratica*, non doveva sacrificare niente del suo spirito universale, abbracciando un sistema forse più scientifico, ma meno adatto all'*oppor-*

tunità della sua conoscenza presso tutti ed alla *facilità* della sua consultazione da parte anche di inesperti.

Concludendo: maggiore conoscenza delle scienze ausiliari alla scienza canonica e spirito più umile si richiede in chi si accinge a trattati di questo genere. Per i nostri giovani occorrerebbe un MANUALE in italiano, possibilmente con raffronti civili, almeno nella terminologia: lo so, è impresa ardua, non scevra di enormi difficoltà [5].

Il Signore faccia che sorga presto fra noi un benemerito di tal genere: sarebbe opera di *apostolato* vero a favore della gioventù studiosa, la cui coltura deve essere a cuore di quanti attendono alla loro seria formazione. Una sodezza di principii cristianamente giuridici e giuridicamente cristiani avrebbe evitato anche in questi giorni l'intervento autorevole del Santo Padre [6], per ricordare a giuristi anche insigni, ma non canonisti, e a legislatori i principii più elementari del Diritto puro della Chiesa, che dovrebbe una buona volta entrare a far parte delle materie giuridiche delle nostre Università [7].

---

(5) Nè il più recente manuale del JEMOLO, *Elementi di Dir. Ecclesiastico*, pare abbia raggiunta la finalità voluta, come, tanto meno, la raggiunge il corso (1925-26) *Lezioni di Dir. Eccl.* tenuto dal FALCO. D'indole pratica è il *Deo et Caesari* dei Can. ALEXANDRIS e CAPITANI, il *Codice del clero* di STOCCHIERO, e, forse, sarà l'annunziato *Il Diritto canon. in rapporto al Dir. ital.* di C. BADII e M. ZACCHI.

(6) Cfr. *L'Osservatore Romano*, 22-23 febbraio 1926.

(7) Solo l'*ignoranza assoluta* dei primi elementi di Diritto canonico, di fatto, e il residuo del *liberalismo giuridico*, che trascinò a rovina tante nobili tradizioni della Patria nostra, spiegano certe teorie, professate anche oggi su riviste e quotidiani. Cfr., p. es., *L'azione cattolica e la mezza politica*, in *Il popolo di Roma*, 19 febbraio 1926.

III.

Il "jus quaesitum" nel Diritto canonico.(*)

BIBLIOGRAFIA.

In quasi tutti i commentari del Codice di Diritto canonico si riscontra una certa tendenza a sorvolare su questioni pratiche, cui il testo nella sua interpretazione non rare volte dà luogo, questioni che richiederebbero ben altra attenzione nel vagliarle e ben altro coraggio nell'esporle. Ne segue che, accontentandosi gli Autori di riportare le stesse parole del Codice, sia pure sottolineate o in carattere corsivo, i problemi più ardui spesso non vengono notati, nè discussi, nè, conseguentemente, mai risoluti. È una dolorosa constatazione di difetto di metodo, dovuto forse ad eccessiva virtù e modestia, ma che, senza dubbio, porta ad un increscioso arrestarsi della scienza giuridico-canonica; difetto tanto più impressionante, quanto più diffuso: si scorge, di fatto, persino in opere, per altri lati e sotto altri aspetti, apprezzatissime. Avviene così che anche la importanza concettuale della espressione «*ius quaesitum*» nel Codice di Diritto canonico sia sfuggita all'esame profondo dei canonisti odierni, cosa che non avvenne punto per i civilisti, i quali scrissero su tale argomento opere pregevolissime, fin dal primo pubblicarsi dei vari Codici. Tutta la bibliografia canonica, perciò, si riduce a pochi accenni dati qua e là da qualche scrittore, fra i quali piace ricordare C. BADII, *Institutiones I. C.*, I, 47 *d.*; TOSO, *Ad Cod. I. C. commentaria minora*, cc. 4 et 10; VERMEERSCH-CREUSEN, *Epitome*, I, 24 et 45[1]; *Votum consultoris* in S. C. C. *Cuneen et Utinen Praecedentiae*, 17 maggio 1919 (in *A. Ap. S.*, XI, 149 seq. e *Monitore Eccl.*, XXXI, 297).

(*) Da *Il Diritto Ecclesiastico*, Roma, a. 1922.

(1) Qui cito la 1ª ed.; ora è già pubblicata la 3ª ed. (1927) in cui l'A. mi fa l'onore di ricordare questo mio studio.

I canoni 4 e 10 del « Codex I. C. ».

Passando dallo stato bibliografico all'esegetico, si abbiano presenti i due canoni fondamentali che devono più da vicino riguardarci. — Can. 4: « *Jura aliis quaesita, itemque privilegia atque* « *indulta quae, ab Apostolica Sede ad haec usque tempora per-* « *sonis sive phisicis sive moralibus concessa, in usu adhuc sunt* « *nec revocata, integra manent, nisi huius codicis canonibus* « *expresse revocentur* ». — Can. 10: « *Leges respiciunt futura,* « *non praeterita, nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur* ».

Come si vede, i diritti acquisiti hanno una certa relazione con il carattere della irretroattività della legge, carattere che trova il suo fondamento nella natura stessa della legge, specie se ecclesiastica, perchè eminentemente morale. La legge, di fatto, è regola e norma, come ben nota Lacroix (*Theol. mor.*, I, 568), e come tale non può riguardare anche il passato: « quia materia alicuius « regulae non est effectus iam factus, nam ad illum nihil conferre « potest; lex autem est regula actus; ergo non potest habere pro « materia actum praeteritum » (Suarez, I, 14, 1).

Questione.

Sorge allora una domanda: che cosa è da ritenersi di tutti quegli atti compiuti a norma di precedenti disposizioni abrogate dalle nuove? Da una parte il timore che i diritti, validamente acquistati sotto l'impero di una legge vigente, possano essere distrutti da una nuova legge, non darebbe sicurezza alcuna all'ordinamento stesso, e gli atti più importanti della vita sarebbero inceppati dal timore di tal sorte; dall'altra, però, non è da esagerare sino al punto da indurre nel suddito una sicurezza assoluta che la legge debba essere eterna ed immutabile. Tutti ne riconoscono la mutabilità, che trova la sua sanzione nell'assoluta potestà del Legislatore e la sua opportunità nelle contingenze storico-sociali. E allora nuove domande: Sino a quale punto potrà ammettersi che una vecchia legge possa venire applicata, essendo già in vigore la legge nuova? E in base a quali criteri potrà trarsi una linea di separazione fra la rispettiva opera di applicazione delle due leggi? Io credo che, come nel campo civile, così anche nel canonico, questo sia uno dei più gravi problemi scientifici, non scevro di difficoltà: problema che merita tutta l'attenzione degli studiosi. Esso si riduce ad esaminare gli effetti della legge *nel tempo*.

Punti di vista.

Questo problema dei limiti della legge *nel tempo* può essere studiato da un punto di vista filosofico per rivolgere consigli al legislatore, ovvero da un punto di vista positivo per aiutare l'interprete della legge; dalla confusione del doppio lato, legislativo, cioè, e positivo, può derivare almeno oscurità. Che vi debbano essere e che in realtà vi siano diritti da venire riconosciuti come acquisiti, non violati cioè dal nuovo Codice, questo, diremo con lo Stahl, *Rechts-und Staaslehre*, III, § 175, il quale si riferiva allo Stato, è proprio della personalità indipendente che l'uomo conserva anche nella società; ma il determinare quali diritti sono rispettati come quesiti è proprio del Diritto positivo, e solo da questo può essere dedotto. Dalla cennata confusione è nata tutta la serie di differenti teorie fra i civilisti, nei quali ancora si desidera un accordo di opinioni.

Diritti quesiti ed aspettative.

Per quel che riguarda il *Diritto civile vigente*, una dottrina assai diffusa cerca risolvere ogni pratica difficoltà distinguendo fra *diritti acquisiti* e semplici *aspettative*. Secondo questa dottrina, i diritti acquisiti in base alla legge vecchia vanno rispettati dalla nuova, il che equivale a dire che vanno giudicati e trattati in conformità alla legge vecchia. Non così invece dovrebbe dirsi delle semplici aspettative fondate sulla legge vecchia: queste verrebbero distrutte dalla legge nuova. Certo, se fosse possibile trarre una linea sicura di distinzione fra i due concetti, questa dottrina si imporrebbe. Ma basta dare uno sguardo alla relativa letteratura giuridica per persuadersi che la scienza non è ancora riuscita finora a risolvere in modo soddisfacente questo problema pregiudiziale. Sono innumerevoli, di fatto, le definizioni date sia del diritto acquisito che della semplice aspettativa. Il Gabba, nella sua magistrale opera, la migliore fra noi, *Teoria della retroattività delle leggi*, I, 143 seg., ne fa un'acuta esposizione critica, come anche il Coviello, *Manuale di Diritto civile*, I, 99 seg., e il Baudry-Lacantinerie, *Trattato teorico-pratico di Diritto civile*, I, 104, dove si premette una ricca bibliografia. I più importanti casi pratici, poi, cui questa materia dà luogo, sono causa di innumerevoli e gravi divergenze, e così avviene spesso che i seguaci di questa dottrina facciano ricorso, per superare le singole difficoltà, ad altri elementi e considerazioni, riconoscendo con ciò stesso la insufficienza della fondamentale distinzione dalla

quale prendono le mosse (cfr. BRUGI, *Istit. di Diritto civile*. Fondamentali: LASALLE, *System der ervorbemem Rechte*, di cui si ha una traduzione in francese; CAVAGLIERI, *Dir. intern. prov. e Dir. trans.*, e *La teoria dei Dir. acq.*, in due rec. op. di *Diritto int. priv.*).

FATTO COMPIUTO.

Un'altra dottrina che ha pure autorevolissimi propugnatori, e che suole indicarsi come *teoria del fatto compiuto*, parte da un altro criterio. Essa ritiene che il principio della così detta irretroattività della legge nuova vada inteso nel senso di riserbare al dominio della legge vecchia l'intera disciplina di tutti gli atti giuridici (atti, omissioni, stati) che siano stati posti in essere mentre essa era ancora in vigore. Ma anche qui non mancano di serii dubbi quando si prendono in considerazione non già fatti istantanei, ma fatti complessi o continuativi, in cui, p. e., il primo elemento costitutivo sia posto sotto il regime vecchio, e l'ultimo sotto il nuovo: si pensi a un testamento validamente fatto secondo le leggi antiche e alla morte del testatore nel nuovo ordinamento. Nè basta: dubbi ancora più forti restano intorno alle conseguenze dell'atto compiuto.

SCOPO DELLA LEGGE.

Una terza dottrina, già sostenuta per l'addietro da autorevolissimi civilisti, ripresa ed egregiamente svolta dal compianto professore V. SIMONCELLI, *Sui limiti della legge nel tempo*, negli scritti in onore di V. SCIALOIA, I, 335, seg., è quella che, anzichè partire dall'idea comune alle due precedenti, secondo le quali la vecchia legge dovrebbe conservare un certo dominio per forza sua propria, parte invece da un'altra constatazione. Ogni nuova legge, si insegna, può estendere pieno ed illimitato dominio su tutti quei rapporti che, per non essere stati già regolati da sentenze passate in giudicato o da transazione, possono ancora formare oggetto di giudiziaria controversia. Ecco come il prof. PACCHIONI, che aderisce a questa dottrina, in *Elem. di Diritto civile*, n. 42, p. 58, ce ne presenta i caratteri: « Secondo questa dottrina la retroattività non sarebbe qualche cosa di eccezionale; essa sarebbe al contrario il principio supremo in materia legislativa, e la irretroattività non ne esprimerebbe che il limite nel campo del Diritto privato. Questo limite — dovuto a considerazioni di evidente opportunità — consiste nel lasciare ancora applicare l'antica legge a tutti i rapporti sorti mentre essa era in vigore, ove da

tale concessione non resti compromesso lo scopo della legge nuova. Per decidere quindi se ad un dato rapporto, sorto mentre era in vigore una data legge, si debba applicare questa a preferenza di altra nuova entrata i vigore successivamente, bisogna aver riguardo *allo scopo della legge nuova.* Finchè questo scopo può essere raggiunto senza sottrarre i rapporti già costituiti alla disciplina della legge sotto la quale vennero costituiti, e che diede loro, per così dire, la propria impronta, gli è questa legge che si deve loro applicare. Ed è giusto che la si applichi ancora, perchè può ammettersi che essa sia ancora la più rispondente alla natura del rapporto, e perchè, a decidere altrimenti, si verrebbe a scuotere quella fiducia nella garanzia delle leggi vigenti che è condizione imprescindibile di ogni ordinamento giuridico. Ma ben altrimenti si presenta il caso quando la legge nuova tenda ad uno scopo il quale non possa (o non possa efficacemente) venir raggiunto, ove si lasci ancor applicare (in parte o in tutto) l'antica legge. In questa ipotesi l'interesse del singolo deve cedere di fronte all'interesse generale; nè è più a temersi che resti scossa la fede nella certezza della legge, giacchè è ben risaputo che quando ragioni di interesse pubblico lo esigono, il singolo deve sapersi sacrificare. Concludendo dunque, secondo questa dottrina, il criterio per decidere se una data disposizione di legge debba aver effetto retroattivo, lo si deve ricercare nella natura propria della disposizione stessa ».

Come si vede, la cosa è tutt'altro che chiara, almeno per quello che si riferisce al Diritto civile, e perciò il timore del PLANIOL, *Droit civil*, I, 241, nel ricercare la nozione esatta di ciò che possa comprendersi sotto il nome di diritto quesito è legittimato dalla constatazione che, sia in dottrina, sia in giurisprudenza, una tale espressione non risponde a nulla di definitivo.

DISCIPLINA CANONICA.

Che cosa è da ritenere quindi, per quel che riguarda il Diritto canonico e il nuovo Codice? Si premetta un'osservazione. Quando si passa da tutto un complesso regime legislativo ad un altro, si sente l'assoluta necessità di emanare apposite disposizioni transitorie, con le quali si regolano specialmente quegli atti che si troverebbero infra duo.

Non è necessario però avere leggi o decreti speciali per questo, come ha fatto il legislatore italiano per l'attuazione dei vari Codici pubblicati; basta che nel testo stesso si abbia una guida per le soluzioni necessarie; e il Codice contiene una tal chiave, ossia guida nei due canoni citati.

Relazione fra i canoni 4 e 10.

I canoni 4 e 10 da alcuni si considerano collegati tra loro con questo nesso: il decimo enuncierebbe un principio, richiesto dalla logica e dalla giustizia, un principio, cioè, di massima: « *Lex non respicit retro* », la legge non ha forza retroattiva; il quarto, invece, sarebbe una eccezione di detto principio. Pur ammettendo, in linea generale, una simile relazione logica, a me pare che l'uno e l'altro canone, nella loro indipendenza, contenga due principii diversi, con diverso valore, se non logico, almeno giuridico. Il can. 4 pare abbia la forza di una disposizione transitoria diretta a regolare quei rapporti già sorti nell'antico ordinamento; la legge non toglie il *ius quaesitum* se non viene espressamente revocato. Il can. 10 invece emette un principio generale, stabile, logicamente collegato col primo, ma da esso del tutto indipendente: la legge non ha forza retroattiva, se di ciò non si faccia esplicita menzione. Anche il can. 4, quindi, è una eccezione al principio stabilito nel can. 10, in quanto il Legislatore riconosce un effetto retroattivo alla legge nuova, perchè estende il riconoscimento anche sugli atti compiuti precedentemente; ma questa eccezione non in forza del medesimo can. 10 (*nisi*), bensì per necessità di cose e per motivi di retta amministrazione. Induce a questa interpretazione sia il confronto col Diritto romano, che giustamente dai canonisti va annoverato tra le *fontes cognoscendi* del Diritto canonico, sia la interpretazione verbale dei due canoni, sia la loro logica applicazione.

Diritto romano.

Il Diritto romano contiene esplicitamente il principio della *irretroattività*: « quum conveniat leges futuris regulis imponere, non praeteritis calumnias excitare » (l. 65, C. 10, 31), e più esplicitamente nella l. 7, C. 1, 14: « Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit ». Nella quale legge, presa la parola *negotium* nel senso di qualunque fatto o negozio o relazione giuridica, come tiene il Kierulff, si ha la distinzione tra fatti consumati e fatti pendenti (aspettative o speranze). L'altro principio *limitativo*, però, di cui al can. 4, e cioè del rispetto a diritti già acquistati, non è così chiaramente e generalmente enunziato; ma può ben dedursi, col Weber, da non pochi testi che sarebbe troppo lungo qui riferire. A noi basti ricordare che la stessa legislazione giustinianea fu messa in vigore retroattivamente, tutta quanta secondo il Gabba,

o almeno solo quanto alle Istituzioni e alle Pandette secondo il BERGMANN e il KRÜGER (l. 2, § 23, C. 1, 17). E tutte le legislazioni, come espone il medesimo GABBA, han seguìto la stessa via. Si possono consultare: FERRINI, *Pandette*, p. 42 seg., e PACCHIONI, *Corso di Diritto romano*, II, 17.

INTERPRETAZIONE DEI CANONI 4 E 10.

La stessa interpretazione *verbale* dei canoni, inoltre, porta all'ammissione di un doppio principio; diversamente i due *nisi* costituirebbero una contradizione enorme, riferendosi a leggi generali con presunzione di solo diritto in senso inverso. Nel can. 4, di fatto, la presunzione sta pel rispetto ai diritti quesiti e quindi per la *retroattività* della legge contro la quale, per aversi il contrario, si richiede una espressa revoca (*expresse revocentur*); nel can. 10, invece, la presunzione sta per la *non retroattività*, contro la quale, per aversi il contrario, si richiede esplicita menzione di forza retroattiva (*nominatim*). Ora, se così non fosse, la conclusione *logica* sarebbe questa: essendo il can. 4 una vera eccezione al principio contenuto nel can. 10, occorre una esplicita menzione perchè il diritto quesito sia conservato; se questa manca, manca il fondamento, perchè esso venga rispettato. E si cozza, così, alla chiara e nulla affatto equivoca disposizione del can. 4, il quale, invece, ritiene doversi attenere al diritto quesito, pur se questo è contrario alle nuove disposizioni, fino a che non vi sia espressa clausola revocante[2].

NOSTRA OPINIONE.

La cosa è chiara; così resta risoluto il problema anche dal lato filosofico e legislativo. La forza giuridica agli atti già compiuti sotto il regime antico, al mutarsi di questo, proviene loro non già dalla legge antica, oramai abrogata, ma dalla nuova che estende il suo riconoscimento puranco sull'antica. Appariscono, così, poco esatte le definizioni che dei diritti acquisiti ci dànno il BADII, *l. c.*: diritti acquisiti « ea sunt, quae vi anteriorum legum immediate vel mediate... alicui competunt », e il TOSO, *l. c.*: « iura quaesita sunt quae factis iuridicis acquiruntur »; esse sono, quando mai, difettose, nel senso che manca la menzione della causa formale. Più chiara, invece, pare la spiegazione dell'illustre P. VERMEERSCH, *l. c.*: « Nullum ius quaesitum ex ipsa lege priore, qua tali, seu immediate exoritur. Lex enim cognoscebatur mutabilis; et quod in sola lege fundatur cum fundamento seu lege necessario ruit iuridice... Sed habetur ius quaesitum, cum

(2) Vedi ora anche le osservazioni in proposito in n. VI (*postille*), p. 113, 2ª.

titulus diversus a lege, v. g. contractus, appellari potest ad firmandam aliquam conditionem iuridicam, aliquem honorem seu privilegium ». Anche qui però — e lo permetta l'insigne Maestro — pare troppo lata l'affermazione e troppo ristretto il campo dell'applicazione: si ammette che la forza legale provenga al « ius quaesitum » non già dalla legge antica, la quale cade col nascere della nuova; ma pare non possa in forma assoluta ammettersi pel giuridico riconoscimento del « ius quaesitum », ch'esso si fondi esclusivamente su di un titolo diverso dalla legge. Chi, p. es., negherà il rispetto ad un diritto acquisito da un parroco di fare esclusivamente una funzione parrocchiale, quando anche il suo titolo si fondi su di una legge antica, ora abrogata, che avesse ritenuto quel tal caso come una sua eccezione? Perchè poi non sarebbe strana nè ipotetica la connessa questione: fino a quale punto, coll'abrogazione di una regola, vengono abrogate anche le eccezioni di quella regola stessa; della quale questione fa menzione il WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette,* I, 87.

OSSERVAZIONI DI UN CONSULTORE DELLA S. C. DEL CONC.

Nè pare abbiano grande valore scientifico le osservazioni del Consultore nella citata causa *Cuneen-Utinen*, quantunque praticamente giuste. Ecco come egli si esprime al *l. c.*:

« Praetera can. 4 de non sublandis per Codicem iuribus quaesitis, in eo habet fundamentum, quod lex, per se, non agit retrorsum, seu non habet vim retroactivam uti dici solet quum respiciat futura, non praeterita prouti habet c. 10. Id tamen non significat generatim legem non posse in futurum supprimere ius quod quis habet dum illa promulgatur, sed tantum non posse eam tollere in futurum ius quod quis, dum lex promulgatur, habet *dependenter a facto praeterito*, dum bene potest tale ius tollere in futurum si sit *independens* ab aliquo facto praeterito. Ita v. g. *diaconus* qui ante Codicem accepit collationem paroeciae, habet ex facto praeterito collationis ius quaesitum in paroeciam: quamobrem lex can. 453 exigens ad officium parochi *sacerdotium* et auferens diaconis capacitatem ad tale officium profecto nequit auferri tali diacono capacitatem: eo ipso quia nequit agere retrorsum, nequit ius quaesitum tollere, dum ageret retrorsum tolleretque ius quaesitum si auferre praetenderet capacitatem dependentem omnino a facto praeterito. E contrario vir constitutus in XV aetatis anno in Vigilia Pentecostes anni 1918 habilis erat ad contrahendum matrimonium, quam habilitatem sustulit profecto in

sequenti die Codicis can. 1067 exigens XVI aetatis annum. Agebatur enim de supprimendo, in futurum, ius *nullo modo dependens* a facto praeterito; ideoque lex illam habilitatem tollens, nequaquam egit retrorsum, nec sustulit quaesitum ius. Ratio namque cur iuvenis XV annorum sit inhabilis ad matrimonium est *praesens* eius aetas, non factum praeteritum quia nullo unquam tempore, quispiam ius habet quaesitum ad matrimonium ante aetatem *a lege ipsa* permissam. A pari, in nostro casu, qui, cum sit prima dignitas Capituli, habebat praecedentiae ius in choro super Vicarium Generale, ita disponente lege quae tunc vigebat, hodie, mutato hoc iure et sancita praecedentia Vicarii Generalis, etiam super dignitatibus, idem illa quamquam sit et maneat prima dignitas, iam nequit praetendere praecedentiam quam habebat; quia nimirum hoc ius per legem fuit in futurum sublatum independenter a facto praeterito vero per solam legis mutationem; quum numquam prima dignitas habuerit praecedentiae ius super illis quos lex ei quoad praecedentiam anteponeret. Id manifestius quoque, si operteret, redderetur considerando quod si argumentum istud de iure quaesito non tollendo in casu valeret, valeret pro omnibus et singulis Capitulis, et ideo in nullo Capitulo locum haberet praescriptum can. 370. Enim vero in omnibus et singulis Capitulis, prima dignitas in functionibus choralibus et Capitularibus, super Vicario Generali qui ut simplex canonicus accederet, praecedentiam habebat ante Codicem ».

Adunque, secondo l'illustre Canonista, l'elemento caratteristico distintivo per stabilire se un diritto quesito debba oppure no essere rispettato, sarebbe la dipendenza o meno, nell'atto della pubblicazione della nuova legge, da un fatto giuridico anteriore alla legge stessa. Or questo non pare possa e debba ammettersi come norma generale certa. Che fondamento di un diritto quesito debba essere la sua dipendenza da un fatto giuridico passato non può mettersi in dubbio, ma che ogni dipendenza da un fatto giuridico passato debba costituire senz'altro un diritto quesito, questo è che non apparisce chiaro: nè un solo esempio addotto, sia pure logicamente, è per sè sufficiente a generare una regola o norma universale assoluta.

Parole del Prof. Van Hove.

Ascoltiamo l'illustre Van Hove, professore insigne in Lovanio, il quale, collaborando con P. Vermeersch, professore nella Pontificia Università Gregoriana di Roma, così si esprime (cfr. Vermeersch, *l. c.*): « Ius quaesitum tollitur, si propter factum suum praeteritum, seu non observatam legem novam,

quispiam incommodum, detrimentum patiatur. Nullum vero tollitur ius quaesitum, si lex ei applicatur quia independenter a facto suo praeterito, in requisitis applicationis condicionibus versetur ».

Neanche questa osservazione, praticamente giusta, enuncia una norma generale interpretativa sicura, perchè poi anche la abrogazione di un'aspettativa, ad esempio un negozio in via di prescrizione, in via *usucapiendi*, come si esprimevano i Romani, specie se acquisitiva, importa sempre un certo detrimento e incomodo in chi, al sopraggiungere della nuova legge, si vede tolta ogni speranza da essa. Neppure l'*incommodum* e il *detrimentum*, quindi, pare bastevole a stabilire la demarcazione fra diritti quesiti da conservarsi o no.

Salvo migliore giudizio, io crederei che anche in Diritto canonico la dottrina più ammissibile sia quella sostenuta dal SIMONCELLI, menzionata di sopra: non basta un *titolo diverso* dalla legge, nè la *dipendenza* da un fatto giuridico anteriore, nè il dannoso incomodo per stabilire e decidere se ad un dato rapporto, sorto sotto l'ordinamento antico, deve applicarsi o no il nuovo, entrato in vigore posteriormente; oltre al titolo, alla dipendenza e al danno bisogna aver riguardo *allo scopo della legge nuova*.

Se detto scopo può raggiungersi senza estendere la efficacia anche sui rapporti già costituiti, secondo l'antico ordinamento, sarà bene non applicare il nuovo; non così se la legge nuova tende ad uno scopo che non possa, almeno efficacemente, venir raggiunto ove si lasci l'applicazione totale o parziale dell'antica legge, e ciò in vista del bene pubblico. Teoria, questa, che solo implicitamente è contenuta nel ragionamento del dotto consultore, e nella seguente giusta osservazione del P. VERMEERSCH: « Etimologice, ius quaesitum idem est quod ius acquisitum. Ius autem respicit bonum quodpiam seu rem ad aliquam personam relatam ei subordinatam, ei servientem, idque aliqua ratione inviolabili. Inviolabilitas tamen non est semper tanta ut non cedat utilitati communi, ac proinde ut ab eo qui curam habet boni communis neglegi nequeat ».

IL « JUS QUAESITUM » NEL DIRITTO PUBBLICO.

Per quel che riguarda il *Diritto pubblico* ecclesiastico, la espressione « jus quaesitum » ha altro significato, che gioverà ricordare. Essa si riferisce al vincolo obbligatorio e si oppone a diritto *precario* e a diritto *stretto*; è come il « trait-d'union » fra l'uno e l'altro, in quanto, mentre il diritto precario è quello che dipende dalla volontà e dall'arbitrio del concedente e lo stretto

diritto è quello che è dovuto per stretta giustizia commutativa, il quesito è quello che ha della giustizia nei rapporti dei terzi, e dall'arbitrario da parte del concedente.

Ricorre tal menzione specialmente in materia di Concordati.

Ecco come il WERNZ, *Jus Decretalium*, I, 171, nota 107, si esprime: « Sane inter se differt *a*) *ius* mere *praecarium* (cfr. « SCHMALZGR, III, 14, de praecariis), quod consistit in facultate « *vero pacto* non concessa et ad arbitrium concedentis *licite et* « *valide revocabili*; cfr. SUAREZ, *De Virt. et stat. relig. tract.*, « VII, l. 8, c. 5, n. 29, ubi bene dixtinguit meram *licentiam a* « *stricto iure*, quod vocat illud, quod homini inest ut *proprium*, « quo suo nomine operari potest, quod est obiectum *iustitiae* « *commutativae* et sine iniustitia *involuntarie* ab illo auferri non « potest; *b*) *jus quaesitum* (cfr. Reg. Conc. Ap. 18, de non tol- « lendo ius quesitum et RIGANTI in hanc regulam 18 et SCHERER, « p. 138, n. 7), quod in *tertias* personas est ius omnino *strictae* « *iustitiae commutativae*, at in *ipsum* concedentem Romanum « Pontificem quamvis praesertim in laicis principibus et patronis « et propter concordata vel promissiones *maiorem* habeat *firmi-* « *tatem* quam ius mere praecarium, tamen *strictum ius ex iustitia* « *commutativa* non est et *sine causa* per Romanum Pontificem « saltem *valide* tolli potest (cfr. HAMMERSTEIN, p. 219 seg.); « *c*) *ius strictum* ex vera *iustitia commutativa* debitum ita firmiter « domino inhaeret, ut *ipsi invito* i. e. absque ipsius consensu « *ordinarie valide auferri* non possit, imo interdum simpliciter sit « *inalienabile*. Cfr. LUGO, disp. 1, n. 2, seq. disp. 23, n. 14; « SUAREZ, *l. c.*; BALLERINI-PALMIERI, *Opus theol. mor.*, t. III, « pag. 548; CATHREIN, I, 454 sq.; D'ANNIBALE, II, 127, quod « nostrum ius dominii in rem *nobis invitis* regulariter a nobis « discedere non possit ».

IL « JUS QUAESITUM » IN DIRITTO PRIVATO.

In *Diritto privato*, sotto il punto di vista positivo, non è difficile la classificazione dei casi, i quali peraltro vanno considerati o come *eccezioni* al principio generale della irretroattività della legge, di cui si fa parola nel can. 10, ovvero come *applicazioni* dell'altro principio enunciato nel can. 4: « la legge non toglie il *jus quaesitum* ». Questo secondo principio, indotto per motivo di ordine pubblico, può, nella sua pratica applicazione, considerarsi come un corollario o conseguenza del primo, senza peraltro vedervi quella necessaria concessione logica, che induce non un solo autore ad ammettere un assoluto parallelismo.

IRRETROATTIVITÀ

In ogni legge la presunzione sta per la sua *non retroattività*: occorre una esplicita menzione in senso contrario, perchè il suo contenuto si estenda anche sugli atti passati. Il can. 10 è chiaro: « *Leges respiciunt futura, non praeterita, nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur* »; il suo tenore, poi, è detratto dalle *Decretali*, in cui è detto (c. 13, X, I, 2): « Cum leges et constitutiones futuris certum sit dare formam negotiis non ad praeterita facta trahi: nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur ».

Perciò dicevo *presunzione*: la quale, peraltro, essendo di solo diritto (« iuris tantum ») ammette benissimo delle eccezioni. Tra queste, precipua, deve aversi il caso della *legge certamente, strettamente e puramente declaratoria* o *interpretativa*, coartata nei limiti, di cui nel can. 17, § 2. S'intende, poi, come la retroattività stessa, in tutti i casi eccettuati, vada considerata nei riguardi non degli atti già posti — « quod factum, infectum fieri nequit » — bensì degli effetti, di cui il legislatore può disporre. Segue che quanto all'effetto primario di ogni legge ecclesiastica, l'obbligazione, cioè la forza retroattiva, non può mai verificarsi: dalla possibilità quindi di avere eccezioni vanno escluse le leggi *precipienti* o *proibenti*.

L'eccezione però può ben darsi:

1) nelle leggi *irritanti* o *rescindenti*, circa gli effetti dell'irritazione o annullabilità; occorre peraltro la materia adatta e la manifesta intenzione del legislatore. Cfr. c. 13, X, I, 2; c. 4, § 1, 15 in-6°; SUAREZ, *l. c.*, n. 11; OIETTI, *Synopsis*, 3258, etc.;

2) nelle leggi *inabilitanti* o *inducenti* irregolarità o impedimenti. Cfr. MAROTO, *l. c.*, 184 c.;

3) nelle leggi *penali*, circa l'effetto della pena. Questo che non è possibile nel regime civile, è possibile nell'ecclesiastico, purchè vi sia stata una effettiva trasgressione di legge divina o anche umana già in vigore senza annessa pena. Su tale importantissimo argomento speriamo di tornare quanto prima sulle colonne di questa rivista[3].

PRASSI CANONICA.

All'introdursi di un ordinamento giuridico, la presunzione sta pel rispetto ai *diritti quesiti* a norma dell'ordinamento antico; occorre una espressa revoca perchè non sia così. Il can. 4 è

(3) Infatti scrissi un articolo *Retroattività della legge in materia penale ecclesiastica* che, in parte ritoccato, venne ripubblicato in altra Rivista, qui riportato (n. VI), sotto il titolo: *Nozioni del delitto nel « Codex Iuris Can. »*.

chiaro: « *Iura aliis quaesita quae... in usu adhuc sunt nec revocata integra manent, nisi huius Codicis canonibus expresse revocentur* ». Sarebbe bastata la enunciazione di un tal principio per aversi la guida nella soluzione dei casi pratici: perchè un diritto quesito non sia rispettato occorre una *espressa revoca.* Dal che segue che la menzione nel Codice sarebbe occorsa solo se non si avesse voluto conservare un tale diritto. Invece qualche volta si verifica il contrario: cfr., p. es., i cc. 774, § 1, 1313.

Si può parlare di diritti quesiti in un triplice caso, in materia cioè di rescritti, di voti o giuramenti, e in materia legislativa.

1) In materia di *rescritti*, questi si presumono non concessi contro un diritto quesito alieno, il quale va riconosciuto e rispettato se venne acquistato in virtù non solo di legge generale e, « a fortiori », di patto o contratto, ma anche di consuetudine, di statuto particolare o di altro rescritto precedente (cc. 46; 48, § 2; 60).

2) In materia di *voto* o *giuramento*, in cui la dispensa che arrecherebbe lesione di un diritto quesito viene riservata alla S Sede (cc. 1313, 1320). Piace quanto scrive a tale riguardo il P. VERMEERSCH, *l. c.*, n. 45: « In materia *voti*, ius quaesitum habetur in votis in quibus intercedat quaedam ratio contractus onerosi, ut in votis religiosorum; et in votis acceptatis a tertio et principaliter in eius utilitatem facti. Si enim honor Dei fuit principalis causa obligationis, alter non acquisivit iura nisi dependenter a Deo, cui promissio servanda est; et quod homini debetur cessat tunc, tamquam accessorium, cum obligatione principali quae est erga Deum. Ac per se intuitus colendi Deum censetur principalis, cum promissio mere gratuita accedit ad votum; seu cum promissio homini facta non est nisi fidelitatis: fidelitatis obligatio nullum ius creat. Ut si, pro beneficio accepto, voveas aliquod donum annuum missioni quae praestationem acceptet. In relaxatione iuramenti ius quaesitum laedi potest, si iuramentum confirmet obligationem erga alios qui eandem remittere recusent (c. 1320) ».

3) In materia *legislativa* non mancano dei casi complicati. Per maggiore chiarezza gioverà distinguere a seconda che si tratti di applicazione di Diritto amministrativo ovvero di Diritto giudiziario.

I. In materia *amministrativa*, quando altro indice sicuro mancherà per la pratica applicazione della nuova legge anche sui diritti quesiti[4], il criterio direttivo, con valore suppletivo, è quello

---

(4) Si noti, peraltro, come anche quando il Codice faccia esplicita menzione dei *diritti quesiti*, non manchi motivo di proporre questioni sotto altro punto di

già da noi ammesso: *aver riguardo allo scopo della legge nuova.* E così:

a) Lo *stato* personale dipendente dall'età, dall'origine o dal domicilio va regolato dall'ordinamento nuovo. È per questo che l'adolescente di 15 anni non può più contrarre matrimonio, nè il minore ritiene più il domicilio già avanti il Codice acquistato. Il motivo per noi è ovvio, in quanto tutti sono d'accordo nel ritenere che le leggi riguardanti la capacità delle persone sono, per regola, d'ordine pubblico. Lo stesso si sarebbe dovuto dire dei *rapporti familiari*, qualora fossero stati « ex novo » regolati dal nuovo Codice.

b) Se la nuova legge modifica le formalità da precedenti leggi richieste per la validità di un testamento o di un qualsiasi altro negozio giuridico, son d'avviso che la nuova legge non possa venire applicata, se quelli vennero eretti o conchiusi in conformità delle leggi anteriori, e ciò anche quando si siano perfezionati dopo il nuovo ordinamento. La ragione si è che simili prescrizioni sono di ordine privato, essendo rivolte a meglio garantire gl'interessi e *tempus regit actus*. Nè persuade troppo la distinzione fra atti assoluti e revocabili o iterabili.

c) Circa gli *effetti legali* dei negozi giuridici, la teoria accolta dà un criterio che serve meglio di ogni altro a risolvere i problemi che si presentano in pratica. Se il Codice modifica gli effetti da precedenti leggi attribuiti a determinati mezzi, la risposta al quesito: quale, in tale ipotesi, abbia da essere il trattamento da farsi a negozi già validi ma che non abbiano ancora prodotti tutti i loro effetti entrando questo in vigore, non può essere unica ed assoluta. Tutto dipenderà, anche qui, dalla natura e dallo scopo della legge nuova e dal determinare se, nel proibire quei dati effetti di quel dato negozio giuridico, il Codice sia stato mosso da considerazioni di ordine privato o di ordine pubblico. Sembra perciò troppo generale, e non corrispondente sempre al vero, l'asserzione del prof. VAN HOVE, riferita dal VERMEERSCH, *l. c.*: « Sed a momento novae legis, efficacia actus validi per se ex nova lege aestimanda erit. Supponas incapacitatem novam induci pro religiosis professis. Incapacitate ista qui ante novam

---

vista. Così, ad esempio, nel can. 771, § 1: « quaelibet paroecialis ecclesia revocato a: reprobato quovis contrario statuto vel privilegio vel consuetudine, baptismalem habeat fontem, salvo legitimo iure cumulativo aliis ecclesiis iam quaesitis ». Qui si parla di diritto quesito, ma di *diritto cumulativo*; *quid* se si tratta di diritto *esclusivo* quesito? Sarebbe davvero strano, se, secondo suonano le parole, dovesse rispettarsi un diritto *cumulativo* sì, e non un diritto *esclusivo*, che giuridicamente vale molto più del primo.

legem sunt professi, attingentur ». L'esempio addotto poi si può piuttosto riferire allo stato persona[5].

d) Speciale considerazione merita il caso della *consuetudine* e della *prescrizione*, perchè può ben avvenire che esse siano già cominciate con tutti i necessari requisiti, ma che al sopravvenire della nuova legge non siano perfezionate dal tempo richiesto; i Romani dicevano « *in via usucapionis esse* ». E qui i casi possono essere moltissimi, come espone il SAVIGNY, *System*, § 391. Se la nuova legge le abroga, senz'altro vanno rigettate; se ne introduce nuove con estendere antiche prescrizioni ad altri casi, il possesso o quasi possesso comincia da ora ad essere giuridicamente capace e sufficiente; se stabilisce un modo di interruzione, va applicato; se protrae il periodo di tempo capace va prolungato, se invece lo diminuisce è in libertà di seguire l'antica o la nuova disposizione; che se dall'applicazione della nuova ne debba derivare un ingiusto danno nel soccombente, la prescrizione deve di nuovo cominciare. Insomma, nei fatti giuridici, in cui il tempo è elemento essenziale, ma intanto non è completo al sopravvenire di una legge nuova, questa esercita subito la sua azione, eccettuato il caso di un tempo coartato, in cui non è da ammettersi una ingiustizia nei danni degl'interessati. Uno dei casi sarebbe quello della prescrizione quadragenaria delle azioni per beni immobili ecclesiastici ridotta dal can. 1511, § 2, a trenta anni.

Si potrebbe proseguire nella esemplificazione applicativa del principio, ma, « congrua congruis referendo », si può all'uopo consultare il *Trattato teorico-pratico di Diritto civile* del BAUDRY-LACANTINERIE, I, 140 seg.

II. In materia *giudiziaria* trova anche la sua applicazione la teoria esposta:

a) Circa le azioni: 1) un'azione proposta prima del Codice che la dichiara inammissibile, non viene colpita dalla disposizione

---

(5) Lo stesso è a ritenere circa i *diritti condizionali* sorti sotto l'impero di una legge anteriore; è comune opinione degli Autori che essi non possono essere regolati dal sopravvenire di una legge nuova, sotto il cui impero ha luogo l'avveramento della condizione. Così GIANTURCO, *Sistema*, I, § 12; GABBA, *l. c.*, I, p. 230; FIORE, *Disposizioni generali del Codice civile*, II, 349; BIANCHI-FAGGELLA, *Corso del Codice civile italiano*, II, p. 170; OLIVIERI, voce *Retroattività delle leggi*, n. 55, 170, in *Digesto ital.* Tuttavia in una recente sentenza la Cassazione di Firenze, 19 maggio 1921, ha ritenuta l'applicabilità di un calmiere ai contratti di compra-vendita da piazza a piazza. In questa sentenza, più che il principio giuridico di non riconoscere come equivalente alla tradizione della merce la semplice trasmissione della ricevuta di spedizione fatta dal mittente al destinatario che poco, in verità, convince, secondo le giuste osservazioni del CALANDREI, in *Foro ital.*, I, 688, e del BUTERA, in *Giurisprudenza ital.*, 1921, 968 seg., va piuttosto notata l'influenza della nuova legge anche sugli effetti precedenti, perchè, quest'ultima, di ordine pubblico.

ultima. « Actiones... semel inclusae in iudicio, salvae permanent », così GAIO nella legge 139, D. 50, 17; 2) se invece non venne proposta, la cosa potrebbe apparire dubbia, e, di fatto, nel Diritto civile v'è questione e divergenza fra gli Autori: WEBER nega che possa più proporsi; GABBA, I, 316, e MATTIROLO, *Trattato di Dir. giud. civ.*, I, 124, ammettono che possa proporsi; sentenza, quest'ultima, seguìta dalla giurisprudenza.

b) L'ordine *processuale* va regolato senz'altro dal Codice, anche per le cause messe su prima di esso. E ciò perchè la procedura nuova si presume più perfetta e perciò più utile alle parti.

c) Quanto alla legge *penale*, è unanime insegnamento che vada applicata quella e nel modo che è più favorevole al reo. L'è per questo che ogni pena abrogata dal Codice cessa immantinente, eccettuate le censure già contratte (cc. 6, 5°; 2219, § 2).

CONCLUSIONE.

Conchiudo senz'altro. Lo scopo che mi prefissi fu quello di richiamare l'attenzione degli studiosi su questo punto importantissimo; il Diritto canonico non sempre nè in tutto può accettare le conclusioni che si fanno circa i varii Diritti civili. Sarò lieto se saprò invogliati a questa, come ad altre simili ricerche, specialmente i giovani, dai quali molto si attende la nostra scienza. La deficienza, già da tempo deplorata su altre Riviste, di opere veramente e sodamente scientifiche, di esami e indagini filosofiche e positive sul Codice, nel suo complesso, come nei principali suoi istituti, è cosa incresciosa davvero, quando si va constatando, invece, un tale interessamento da parte di protestanti[6].

---

(6) Due cose da aggiungere. — La *prima*: che realmente gli studiosi cattolici in questi ultimi tempi sottomisero a studio e ad esame serio la *natura* di questo « ius quaesitum », in Dir. can.; i risultati non sono purtroppo concordi, ma non è già gran cosa che almeno certi ardui problemi non passino sotto silenzio? Mi riferiscono che P. MOSTAZA, professore dell'Università Gregoriana, agli alunni abbia esposte ben dieci diverse definizioni del « ius quaesitum », ponendo in nono luogo la nostra e in ultimo la sua, la quale, peraltro, non è che la mia stessa, se si tien presente che la « *connexio* » di cui egli parla in luogo di « *lex non resistens vel obstans* » è anch'essa una specie di criterio interpretativo. — La *seconda*: che, ritenendo alcuni colleghi la mia sentenza oscura o, quando mai, vaga ed incerta, credetti opportuno sintetizzarla in una definizione almeno descrittiva, pur conoscendo che « *in iure omnis definitio periculosa...* ». L'ho proposta nel mio « *Jus Digestorum* », I, n. 256, e suona così: « *ius quaesitum est facultas moralis a subiecto idoneo particulari, physico vel morali, ope anterioris legis vel negatio (seu facto) quodam iuridico sub eadem rite posito (seu omisso), cui nova lex non resistit vel saltem non obstat in scopo* ». Cfr. recensioni in *Antonianum*, di Roma (gennaio, 1928), in *Angelicum*, di Roma (gennaio 1908), ed in *Jus Pontificium*, di Roma (a. VII, f. IV).

IV.

Le lacune nel vigente ordinamento giuridico-canonico. (*)

OGGETTO E LIMITI DELLA TRATTAZIONE.

Questi appunti, diretti agli studiosi di materie giuridiche, vogliono essere un modesto saggio di *interpretazione comparativa* di uno dei più interessanti canoni tra i fondamentali del « Codex iuris canonici », il can. 20, denso di dottrina e complesso per le tante e tanto eleganti questioni alle quali dà luogo.

Commentato, a quanto mi sappia, nei soli manuali di scuola, esso vanta sin'oggi una bibliografia assai scarsa per quello che riguarda la sua interpretazione diretta, perchè indirettamente può servire, giovando non poco all'uopo, il ricco materiale in Diritto civile, di cui è feconda in produzione la letteratura in Italia, Germania e Francia [1].

---

* Da *Studium*, Rivista Universitaria. Roma, 1926.

(1) Per non venir meno al desiderio di documentazione, indico qualche autore di cui mi son servito ed al quale mi riferirò, occorrendo citarlo. In alcuni di essi viene esposta più ampiamente la *bibliografia* ch'io ometto per amore di brevità.

a) Per il DIRITTO CANONICO: MAROTO, *Institutiones iuris canonici*, I, Madrid, 1919; BLAT, *Commentarium textus Cod. iur can.*, I, Romae, 1921; CHELODI, *Ius de personis* 2, Tridenti, 1926; TOSO, *Ad Codicem... commentaria minora* 2, I, Romae; DE MEESTER, *Iuris canonici... compendium*, I, Brugis, 1923; VERMEERSCH-CREUSEN, *Epitome iuris canonici*, I 3, Mechliniae-Romae, 1927; CICOGNANI, *Commentarium ad l. I Codicis*, Romae, 1925; WERNZ, *Ius decretalium*, I 3, Prati, 1913; STUTZ, *Der Geist des Codex iuris canonici*, Stuttgart, 1918; M. FALCO, *Introduzione allo studio del Codex iuris canonici*, Torino, 1925.

b) Per il DIRITTO CIVILE: STAHL, *Philosophie des Rechts*, II; JHERING, *Geist des röm. Rechts*, II; WINDSCHEID, *Pandette*, I, § 23; SAVIGNY-SCIALOIA, *Sistema del Diritto romano attuale*, I, Torino, 1886; FILOMUSI-GUELFI, *Enciclopedia giuridica* 7, Napoli, 1917; BRUGI, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali* 4, Milano, 1917; BENSA, *Compendio di introduzione allo studio delle scienze giuridiche e d'istituzioni di Diritto civile italiano*, Torino, 1897; SCIA-

Dedicati poi ai giovani *Fucini*, specialmente a quelli carissimi che mi han fatto tanto buon viso, e non una volta sola, nella sede del Circolo Romano, essi non vantano altra pretesa che questa: giovare alquanto, coll'aiuto di Dio, alla loro cultura giuridica, perchè resti soda contro gli attacchi velenosi, che purtroppo e spesso partono dalle cattedre universitarie, e si completi con la conoscenza di quel *Diritto canonico puro* che dovrebbe oramai entrare a far parte dei vigenti programmi [2].

Oggetto d'esame sarà il can. 20 del « Codex iuris canonici » e i limiti della trattazione sono dati dal *contenuto* di esso e dai suoi *riferimenti necessari*: necessari, dicevo, perchè volere esporre tutti i suoi riferimenti logici sarebbe cosa lunga ed esorbiterebbe dai termini di un articolo. Ecco perchè da una parte si ritiene come risoluto, e nel senso affermativo più assoluto, quel problema presupposizionale « se il diritto della Chiesa sia un ordinamento giuridico », problema che va appassionando sempre più i giuristi laici [3], e dall'altra non si crede opportuno fermarsi troppo sulla tecnica dell'interpretazione canonica.

LOIA, *Del Diritto positivo e dell'equità*, Camerino, 1880; FADDA-BENSA, *Note al Diritto delle Pandette del Windscheid*, I, Torino, 1902; L. COVIELLO, *Dei moderni metodi d'interpretazione della legge*, S. M. C. V., 1908; DEGNI, *L'interpretazione della legge* 2, Napoli, 1909; FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice* (estr. dalla *Riv. di Dir. civile*, Milano, 1911); CHIOVENDA, *Principii di Diritto processuale civile* 3, Napoli, 1913; DEL VECCHIO, *Sui principii generali del Diritto* (estr. dall'*Archivio giuridico*, Bologna); PACCHIONI, *I principii generali di Diritto*, in *Archivio giuridico*, XCI, (1924), p. 133 seg.; BRUGI, *L'analogia di Diritto e il cosidetto giudice legislatore* (nella riv. *Il Diritto commerciale*, S. II, vol. VIII, Torino, 1916, parte 1ª, p. 262 seg.); GROPPALI, *I principii generali del Diritto e l'interpretazione della legge* (in *Rendiconti del R. Ist. Lombardo*, Milano, 1918); CAPITANI, voce *Analogia* (in *Il Digesto italiano*, Torino, 1895; DONATI, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910; DE RUGGIERO, *Introduzione alle scienze giuridiche e Istituz. di Dir. civile*, I, Napoli, 1911, e voci *Analogia* e *Fictiones iuris*, nel *Dizionario pratico del Diritto privato*, Vallardi; SIMONCELLI, *Istituz. di Diritto privato italiano* 3, Roma, 1921; STOLFI, *Diritto civile*, I, Torino, 1919; LANDUCCI, *Trattato di Diritto civile italiano* (annesso alla versione di AUBRY-RAU, I, Torino, 1900); CHIRONI-ABELLO, *Trattato di Diritto civile italiano*, I, Torino, 1904; CHIRONI, *Istit. di Diritto civile italiano* 2, Torino, 1912; MELUCCI, *Introd. allo studio delle scienze giurid. ed Istit. di Diritto civile*, Napoli, 1905; D'AMBROSIO, *Monismo giuridico*, Roma, 1925; ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prelim. nel Diritto privato*, Modena, 1925.

(2) Cfr. *Per una introduzione scientifica allo studio del « Codex iuris canonici »*, in *Studium*, 1926, p. 158 seg. (v. n. II).

(3) Cfr. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, e *Lezioni di Diritto ecclesiastico* 2, a cura di Jäger, Pisa, 1923; IEMOLO, *Il valore del Diritto della Chiesa nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Archivio giuridico*, vol. 90 (1923) (v. contro SCADUTO, *ib.*, vol. 92 (1924); DEL GIUDICE, *Il Diritto ecclesiastico in senso moderno*, Roma, 1915, e *Il diritto dello Stato nell'ordinamento canonico*, in *Archivio giuridico*, vol. 91 (1924), in cui l'illustre Professore recede dall'antica sua opinione negativa come, con lealtà di dotto, confessa nella nota 2 a pagina 4 seg., nella quale si accenna alla idea fondamentale ed alla conclusione di questa sua rielaborazione concettuale.

Spero di tornare quanto prima e di proposito su questo argomento interessantissimo della *interpretazione* della legge canonica: qui però, essendo perequisito necessario per l'applicazione del can. 20, che ha trovato perciò il suo meritato posto dopo i canoni generali di interpretazione (18-19), basti ricordare che neppure in Diritto canonico è sufficiente determinare lo « scopo pratico » cui la legge tende per poterne ricostruire il vero contenuto. Il metodo e la tecnica interpretativa mutarono spesso secondo i tempi, la materia e le stesse norme legislative; le regole sull'interpretazione cambiarono di sistema in sistema e persino mancano in alcune legislazioni. È noto, di fatto, che tanto il legislatore francese quanto il tedesco, dopo matura discussione, giudicarono inopportuno tradurre in precetti legali i canoni di interpretazione accolti dalla scuola. Non così il Codice canonico, per quanto in parola vincolino sino ad un certo punto, perchè come venne giustamente osservato per il nostro Codice patrio, « anche questi precetti hanno bisogno alla loro volta di essere interpretati, ed è il caso di dire: *quis custodit custodem?* »[4].

Così delimitato l'argomento, mi lusingo di poter proporre, risolvendoli come meglio saprò e potrò, con criteri scientifici dedotti dal sistema canonico, problemi di rilevante interesse dottrinale e pratico: esistono realmente lacune nell'ordinamento giuridico-canonico? e se esistono, quali saranno i mezzi per colmarle?

L'*importanza* della trattazione apparirà chiara dalla seguente osservazione del prof. Del Vecchio, dell'Università di Roma, la quale vale anche per il nostro Diritto. « Nessun argomento — egli dice[5] — vale tanto a mostrare la natura eminentemente pratica del diritto, e la sua piena e perfetta aderenza alla vita, quanto questo: che non v'ha interferenza tra uomini, non v'ha possibile controversia, sia pure complicata ed impreveduta, che non ammetta ed esiga una soluzione giuridica certa. Le dubbiezze e incertezze possono persistere a lungo nel campo teorico: ogni ramo dello scibile, e la Giurisprudenza stessa come scienza teorica, offre esempi di questioni discusse per secoli, e tuttora

---

(4) Coviello, *op. cit.*, p. 8. Cfr., oltre la pregevole opera del Degni, *L'interpretazione della legge* 2, Filomusi-Guelfi, *l. c.*, e Scialoia, *Sulla teoria dell'interpretazione delle leggi*, in *Studi giuridici dedicati a F. Schupfer*, Roma, 1898.

(5) *Sui principii generali del Diritto*, Prolusione al corso di Filosofia del Diritto nella R. Università di Roma, letta il 31 dicembre 1920 e pubblicata in *Archivio Giuridico*, vol. 85. Riferirò le pagine dell'estratto (Bologna, N. Zanichelli): le parole citate si leggono nelle pag. 5-6.

Meminisse iuvabit: la riapertura al culto della bella chiesa dell'Università Romana della « Sapienza », opera mirabile del Borromini e dedicata ai Ss. Leone, Ivo e Pantaleone, che ebbe luogo con solenne funzione sacra il 21 marzo 1926 (cfr. *Studium*, a. XXII, n. 3, p. 165), si deve, oltre che al Ministro dell'I. P. on. Fedele, al Rettore Magnifico dell'Università G. Del Vecchio.

nondimeno insolute e forse insolubili; ma alla domanda: *Quid iuris*? Qual è il confine del mio diritto e di quello altrui? deve, in qualsiasi caso concreto, poter darsi una risposta, non infallibile certo, ma praticamente definitiva.

Il canone 20.

Il can. 20, come leggesi nella edizione ufficiale del « Codex iuris canonici » pubblicato nella Pentecoste del 1917, suona così:

« *Si certa de re desit expressum praescriptum legis sive generalis sive particularis, norma sumenda est, nisi agatur de poenis applicandis, a legibus latis in similibus; a generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis; a stylo et praxi Curiae Romanae; a communi constantique sententia doctorum* ».

Per poterlo però meglio valutare nel suo reale contenuto, credo utile rilevare: 1) lo schema inviato ai Vescovi, che invano avversari tentarono di criticare in riviste settarie ed acattoliche [6], conteneva queste varianti: invece di « expressum praescriptum », diceva: « expressa dispositio »; la voce « norma » si leggeva tra « sumenda » ed « est »; non conteneva la esplicita eccezione: « nisi agatur de poenis applicandis », ed aveva la voce « casibus » dopo « similibus » [7]; 2) il P. Maroto, nella nota 5, sotto il n. 384, p. 446, ricorda questo interessante particolare: « *Hinc necessarium non fuit addere canoni post verba* a stylo et praxi Curiae Romanae *haec alia* et a serie uniformi sententiarum indicialium *ut proponebatur, quia iam in prioribus posteriora latebant* ». Non già perchè io intenda esagerare, come molti, l'importanza dei *lavori preparatorii*; è cosa però indubbia ch'essi siano di grande utilità all'interprete, in quanto raccolgono materiali preziosi per la migliore valutazione del contenuto della legge e dei suoi veri scopi, i quali conducono alla indagine della vera e reale intenzione o mente del legislatore [8].

---

(6) Cfr., p. es., in *Bilychnis*, 1919, « Mancanze di garanzie nello schema... di Diritto canonico ».

(7) Sicchè, sotto il can. 18, diceva: « *Si certa de re desit expressa dispositio legis sive generalis sive particularis, sumenda norma est a legibus latis in similibus casibus*, etc. ».

(8) La controversa questione sul valore dei *lavori preparatori*, specialmente nei regimi costituzionali in cui la legge emana dal concorso di più fattori, è stata risoluta fra' civilisti con due teorie estreme ed una media. Cfr. Filomusi-Guelfi, *op. cit.*, p. 141, nota 3; Pacifici, *Istit.*, I, p. 44, n. 5; Gianturco, p. 26, n. 3. Anche nel Diritto canonico, specie dopo la codificazione, frutto di *collaborazione* di molti, potrebbe proporsi la stessa questione che, come vedesi, io ritengo doversi risolvere col seguire la via di mezzo: non esagerazione, perchè alla fine gli schemi

Così stabilito il tenore preciso del canone in esame, esso sta lì a dimostrare in quale senso vadano risolute nel nostro Diritto tutte quelle questioni che hanno riferimento, più o meno prossimo, alla concezione organica di quella scienza del Diritto in cui *legislazione*, *interpretazione* e *applicazione* delle leggi costituiscono un tutto unico[9]. Il *metodo logico* d'interpretazione dominante all'epoca delle Codificazioni sia francese che nostra, il quale metteva capo alla « intenzione » o « volontà » del legislatore, e il metodo *storico evolutivo* che, in reazione di quello, sorse sia in Francia che in Italia, staccando la esistenza e vitalità della legge dalla persona del suo autore e dalla sua volontà, non furono riconósciuti sufficienti dal Legislatore ecclesiastico nell'attuale ordinamento canonico[10], il quale, vero « Codice di Diritto privato e comune non liturgico[11], in genere, non rappresenta già una nuova « legislazione », bensì una « nuova sistemazione »[12].

In mezzo a tale « nuova sistemazione » non mancano però delle *novità* anche legislative, e fra queste, non ultima nè meno utile in *pratica* e interessante in *teoria*, il can. 20.

Qualche interprete ha espresso il suo parere contrario a

---

redatti dai consultori possono anche non dare l'esatta ricostruzione del pensiero legislativo, « giacchè — come venne giustamente rilevato dal PACCHIONI, *Elem. di Dir. civ.*, p. 48 — la volontà della legge non è la volontà dei singoli che hanno più o meno contribuito a formularla, ma risulta invece dalla fusione di tutte queste singole volontà in una volontà superiore e indipendente ». Nel caso nostro la « *mens legislatoris* » (can. 18) è, fuori ogni dubbio, e dev'essere quella del Romano Pontefice, ben diversa e ben distinta da quella dei redattori della legge e, per così dire, oggettivata nella legge stessa per il soddisfacimento dei bisogni pratici ai quali essa intende provvedere. Prova ineluttabile ne fornisce la lettera del S. Padre Pio XI all'E.mo Card. Gasparri in data 18 febbraio 1926, in cui il Sommo Pontefice solennemente dichiara che il potere legislativo è affidato alla S. SEDE ed al solo PAPA, come tale (« *a Noi* »). È nota poi l'efficacia della « *conferma specifica* » nel Diritto canonico. Cfr. WERNZ, I, 114.

(9) Cfr. D'AMBROSIO, *Monismo giuridico*, Roma, 1926, « Prefazione ».

(10) Nel can. 18, infatti, si prescrive che nei casi dubbi ed oscuri si faccia ricorso « *ad locos parallelos..., ad legis finem ac circumstantias* (metodo storico-evolutivo) *et ad mentem legislatoris* (metodo logico) ».

(11) Nel Codice canonico è omesso il *Diritto pubblico* della Chiesa, quello cioè che riguarda la costituzione della Chiesa nelle sue linee essenziali ed immutabili, in conformità alla fondazione di Cristo. Non mancano, è vero, principii di puro Diritto ecclesiastico (p. es., can. 87, 108, 218, 1495, ecc.), ma essi vi sono posti solo in quanto servono di base ai seguenti canoni di Diritto privato. Pare perciò troppo esagerata l'asserzione di illustri trattatisti che il Codice cioè debba ritenersi anche « *Ecclesiae Statutum* », quasi la sua *Magna Charta*. Cfr. BERNAREGGI, *Metodi e sistemi... del nuovo Codice di Dir. civ.*, Monza, 1919, p. 108; OTTAVIANI, *Institutiones iuris publ.*, ecc., Romae, I, p. 14.

(12) « Il Codice — pronunziò il Card. MAFFI, *Presentando al mio clero il Codex I. C.*, Torino, 1917 — è la forma che condensa e ripete quanto la Chiesa ha detto nei secoli »; « *Codex iuris can.* — sostiene BRYS pubblicamente nell'Università cattolica di Lovanio per ottenere il grado di magistero nel luglio 1925 — *primario est opus* CODIFICATIONIS; *secundario tamen est opus* REFORMATIONIS et UNIFICATIONIS *iuris* ». Non v'ha dunque fra il Diritto antico e il Diritto nuovo alcuna interruzione di continuità, nè storica nè giuridica.

questa asserzione, negando cioè la novità del citato canone; si ascolti per tutti il FALCO[13]: « Questa disposizione, della quale, non si sa come, viene vantata la novità, riproduce le disposizioni di molti Codici civili riguardo alle norme da applicarsi ai casi non espressamente preveduti ». Come si vede, se l'asserzione si riferisce alla disposizione in sè e cioè nel suo contenuto, il can. 20 non è davvero nuovo, ma se, come deve intendersi, l'asserzione si riferisce alla disposizione in quanto è canonica, il can. 20 costituisce una vera novità nell'ordinamento vigente. Nell'antica disciplina, di fatto, mancava una direttiva di tal genere nei casi di mancanza di leggi; nè la nota regola che i canonisti traevano da un passo di LUCIO III nelle Decretali, e che verrà esaminato dopo, si riferisce, come si avrà agio di vedere meglio, ai casi contemplati dal can. 20. Questo invece, pur riproducendo disposizioni di molti Codici civili, le *canonizza* facendole proprie del sistema e fornendo loro efficacia giuridica *ex novo*[14].

E che si tratti di una *disposizione canonica* veramente *nuova* apparisce chiaro dal fatto non solo che il citato can. 20 non porta indicazione alcuna di fonte nell'edizione curata dall'Em. cardinale GASPARRI, ma anche che i canonisti non trattarono mai *ex professo* la materia che forma il suo contenuto. Nè il sistema *legislativo* quindi, nè lo *scientifico*, conteneva disposizione di quel genere che solo ora trova il suo posto nell'uno per meritare sviluppo e trattazione nell'altro, nel che gioveranno non poco le analoghe disposizioni dei Codici civili[15].

Che cosa si intende col nome di *lacuna*? In genere *lacuna*, mente coordinate e subordinate: nella prima si dettano le norme in base alle quali solamente è possibile ritenere l'esistenza delle lacune nel vigente ordinamento, nella seconda si prescrivono i mezzi per colmarle.

LACUNA.

Che cosa si intende col nome di *lacuna*? In genere *lacuna*, dalla radice *lak*, non è altro se non un vuoto[16] e quindi alla maniera latina denota « interruzione di continuità »[17]; nel nostro

---

(13) *Introd. cit.*, p. 103.

(14) Cfr. DEL GIUDICE, *Il diritto dello Stato nell'ordin. can.*, *l. c.*, p. 10 seg.

(15) Nella sua pregevole opera, condotta con profondità d'indagini e vastità di cultura per ordine alfabetico, *Synopsis rerum moralium et iuris pontificii* 3, il Padre OIETTI non fa menzione alcuna delle voci *Analogia* e *Lacuna*, come del resto neanche il FERRARIS nella classica opera: *Prompta bibliotheca canonica, iuridica*, nè persino il classico trattato del WERNZ.

(16) Dal latino *lacus*, congenere al greco *lákos* = fossa, *lagón* = cavità. Cfr. GEORGES-CALONGHI, *Dizionario latino-italiano*; PIANIGIANI, *Vocabolario etimologico della lingua ital.*, Roma-Milano, 1907.

(17) PETROCCHI, *Nòvo diz. universale della lingua ital.*, Milano, 1912.

linguaggio, quindi, in senso traslato, essa indicherebbe appunto una interruzione di norma, ossia mancanza di legge esplicita e precisa applicabile in un dato caso concreto per la decisione di una questione giuridica pratica.

Queste interruzioni o mancanze i Codici sogliono indicarle con delle circonlocuzioni [18]; gli interpreti però, specialmente i civilisti, ai quali i più recenti canonisti fanno giusta eco [19], vanno adottando questa voce *lacuna* in un doppio senso oramai tecnico: in senso proprio s'intende la *lacuna della legislazione*, quel punto controverso cioè a cui la legge non dà una soluzione diretta, nè la rende possibile mediante l'analogia [20]; in senso improprio per *lacuna giuridica* (da *ius* in senso oggettivo = *norma agendi*) o semplicemente *lacuna* s'intende mancanza di una esplicita norma che riguarda le materie proprie di quel tale ordinamento giuridico.

Checchè sia della discussione che sotto l'aspetto scientifico si agita fra' dotti [21], per quanto concerne il Diritto canonico attuale, esistono in esso *lacune*, e in quale senso?

---

(18) Il Codice canonico usa, nel cit. can. 20, il verbo *desit* (= non vi sia, manchi, difetti); il Codice italiano (*Disp. prel.*, art. 3): « Qualora una controversia *non si possa decidere* con una precisa disposizione di legge »; il Cod. civ. generale austriaco (§ 7): « Qualora un caso *non si possa decidere* nè secondo le parole, nè secondo il senso naturale della legge »; il Cod. spagnuolo (art. 6): « Quando la legge *non è esattamente applicabile* alla specie discussa ». Cfr. FADDA-BENSA, in *Windscheid*, I, n. t, p. 124 seg. Si noti sin d'adesso come il Codice francese nulla contenga a tale riguardo, avendo il legislatore pronunziato solo quel principio generale, che vale per tutte le *legislazioni*, contenuto nell'art. 4: « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».

(19) Cfr., p. es., SAVIGNY, *l. c.*, § 46, e FILOMUSI-GUELFI, § 38, p. 147. I canonisti usano promiscuamente la voce *defectus* la quale, da *deficere* = venir meno, mancare, riproduce bene il contenuto della cosa, e *lacuna*. Cfr. MAROTO, n. 384; CHELODI, n. 68; CICOGNANI, p. 134; FALCO, p. 105; VERMEERSCH, n. 99, partendo *a posteriori* parla « de legum supplementis » ma ricorda le « *inevitabiles legis lacunas* ».

(20) Cfr. ZITELMANN, *Luken im Recht*, 1903, p. 27 seg., e REGELSBERGER, *Pand.*, § 38.

(21) Contro la dottrina tradizionale, la quale dichiarava che, quando una questione non avesse nell'ordinamento giuridico una norma espressa che la riguardasse, una norma però era sempre possibile trovarla coi mezzi della tecnica interpretativa della così detta ermeneutica giuridica, si è levato di recente nella scienza tedesca e nella francese tutta una nuova vastissima letteratura, la quale ha affermato recisamente l'*esistenza di lacune*. Se si pensa, da un lato, che i mezzi forniti dall'ermeneutica giuridica non valgono in ogni caso a fare trovare una norma, dall'altro, e più ampiamente, che anche la norma trovata coi detti mezzi non rappresenta in realtà una norma che fosse già nell'ordinamento giuridico, una norma voluta dal legislatore, ma una creazione dell'interprete, ed infine che non è possibile che un legislatore possa prevedere tutti i casi che si verificheranno nell'avvenire, apparisce quanto ragionevolmente si debba ammettere non che la *possibilità* dell'esistenza di lacune, la *impossibilità* della inesistenza. Cfr., in senso contrario, l'acuto e suggestivo, sebbene non sempre nè troppo persuasivo, studio del DONATI, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, in cui viene riferita l'ampia bibliografia a proposito.

Così come viene proposta non mi venne mai dato di leggerla, trattata *ex professo* dai nostri canonisti, una tale questione, la quale è certamente di quelle che sogliono chiamarsi eleganti.

In genere, dagl'interpreti non si nega la esistenza delle lacune nel vigente ordinamento canonico: ma, mentre per alcuni esse costituiscono dei *casi rari*[22] o sono delle semplici *possibilità*[23], non è mancato chi le ha dette *inevitabili*[24].

Per parte mia ritengo che di *lacune*, nell'uno e nell'altro senso, vi sono e vi saranno. e non possono non esservi in Diritto canonico; anzi, per la sua *universalità*, più facilmente in esso che negli ordinamenti statuali, e per la sua riduzione a *canoni* precisi più facilmente oggi che per lo passato, quando l'applicazione di tante leggi vaganti poteva ottenersi con minori sforzi logici d'interpretazione.

La *pratica* è più feconda creatrice di nuovi rapporti o di nuove combinazioni di vecchi rapporti di quanto possa essere il più fantasioso e minuto legislatore[25]; ma per quanto i canoni siano stati redatti sotto forma di *casuistica astratta*, desunta in massima parte dalla casuistica concreta delle Decretali per cui vanno spesso al dettaglio, non era possibile legiferare in maniera estensivamente completa.

Nè tale possibilità deve indurre a ritenere da una parte imperfetto l'ordinamento canonico e dall'altra *megalomania giuridica*[26] lo sforzo degli studiosi per stabilire i veri limiti delle regole, perchè dette lacune inevitabili, in vista appunto della esigenza pratica di *coordinazione* dei contegni esteriori, possano colmarsi senza lesione alcuna di chicchessia.

---

(22) Vanno ricordate le frasi dell'illustre Maestro MAROTO, *Institutiones Juris Canonici*, I 2. Egli, che nella modesta denominazione della poderosa opera si discosta dall'usuale senso etimologico, nel n. 384, dopo aver parlato di *lacunae implendae, si quae adsint in Codice*, si affretta ad aggiungere in nota: « *Non adeo faciliter invenientur in posterum huiusmodi lacunae, cum ius canonicum iam adeo sit perfectum* ».

(23) Cfr. CHELODI, *op. cit.*, n. 68; CICOGNANI, *op. cit.*, p. 134.

(24) VERMEERSCH, *op. cit.*, n. 99: « *Codex normas supplendi* INEVITABILES *legis* LACUNAS *in can. 20 suppeditat* ».

(25) È umanamente impossibile che un legislatore possa prevedere tutti i casi pratici; ammoniva già il giureconsulto GIULIANO (l. 10, D. I, 3): « *Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri* ». Anzi POMPONIO ricordava al legislatore il monito di TEOFRASTO (l. 3, D. *ib.*): « *Iura constitui oportet... in his quae plerumque accidunt, non quae praeter expectationem* », « *nam* — proseguiva lo stesso TEOFRASTE a mezzo di PAOLO (l. 6, D. *ib.*) — *quod semel vel bis factum est, praetereunt legum latores* ». E CELSO (ll. 4 e 5, D. *ib.*): « *Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur* »: « *nam ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt* ».

(26) « *Juristischer Grössenwhan* ». Così è sembrato al KANTOROWICZ e cioè GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906, p. 17.

Ma più che gli studiosi, a queste necessità concrete deve conformarsi ogni ordinamento giuridico: doveva quindi conformarsi ad esse anche il canonico.

Come per ogni legislazione, anche per la canonica vale il pronunziato dell'art. 4 del Codice francese, riferito nella nota 18, secondo il quale un giudice non può ricusarsi di giudicare sotto il *pretesto del silenzio, della oscurità, della insufficienza della legge*; mancano, è vero, apposite sanzioni come in alcune legislazioni [27], ma io credo che nel caso sia applicabile il can. 2404 [28]. Il problema, quindi, se l'ordinamento canonico oggi sia o non sia privo di lacune, per quanto, come problema fondamentale, possa sorgere e sorga in ogni ramo della scienza giuridica, si riferisce specialmente, se non esclusivamente, alla determinazione della natura e dei limiti della funzione giurisdizionale giudiziaria. Questa, infatti, come in parecchi Stati almeno del continente [29], si incardina tutta anche nel Diritto canonico in questi due principii: « obbligo di non diniegare giustizia » e « fedeltà del giudice alla legge », dal quale ultimo invano qualche trattatista [30] vorrebbe dedurne la inesistenza delle lacune. Specialmente quando il legislatore stesso stabilisce il ricorso ad altri elementi per colmare queste possibili lacune, i quali elementi costituiranno i mezzi per il completamento del sistema e cioè la *potenzialità* a risolvere qualsiasi controversia anche non preveduta espressamente, come è avvenuto nel Diritto canonico per il can. 20, io credo che la « fedeltà del giudice alla legge » possa benissimo coesistere con le lacune. E credo anche che nel nostro Diritto possa parlarsi in questo senso di *norme latenti*, le quali sono precisamente quelle che esistono, per così dire, nel fondo del pensiero della legge e che, portate a coscienza subiettiva dell'interprete, si rivelano dopo lungo lavorìo, integrando così il sistema legislativo [31].

---

(27) Cfr., p. es., *Cod. di proc. civ.*, art. 783, n. 2, e *Cod. pen.*, art. 178.

(28) « *Abusus potestatis ecclesiasticae, prudenti legitimi Superioris arbitrio, pro gravitate culpae puniatur...* ».

(29) Nei paesi anglo-sassoni invece la funzione giurisdizionale è ordinata secondo principii diversi, almeno in apparenza. Cfr. LAMBERT, *La fonction du Droit civil comparé*, Paris, 1903, p. 189 seg.; HATSCHER, *Englisches Staatsrecht*, I, Tübingen, 1905, p. 111 seg., 137 seg., 154.

(30) Ad es., DONATI, *op. cit.*, p. 2.

(31) La designazione è del IHERING, *Geist*, I, § 3. Se si rappresenta la legge come un pensiero ed un volere, dal lato obiettivo di essi « *norme latenti* » non esistono nel Diritto; non così invece se la cosa si guarda dal punto di vista dell'interprete. Tali norme, ritengono i più, possono riscontrarsi anche quando si riguardi il legame tra l'autore della legge (il legislatore) e la legge stessa. In questo momento può trovarsi nella formazione della legge quell'elemento *inconscio* che spiega benissimo quell'ENERGIA LATENTE, o forza di espansione della medesima a novelli rapporti della vita sociale, neppure lontanamente previsti dal suo autore.

Ogni ordinamento giuridico, però, deve presumersi *uno* e *completo*[32], e perciò l'esistenza di una lacuna dev'essere *vera* e *reale*; la presunzione cede solo alla verità[33]. Dal che segue che l'interprete non può nè deve pervenire al riconoscimento d'una lacuna senza una previa indagine interpretativa seria, soda, profonda: solamente dopo un tale processo indagativo, di fatto, sarà possibile pronunziarsi per la inesistenza o mancanza di una norma esplicita nell'ordinamento giuridico la quale faccia al caso. Ecco perchè il can. 20 stabilisce innanzi tutto le condizioni perchè possa parlarsi nell'ordinamento canonico di vere e proprie lacune: quelle condizioni, imposte assai opportunamente e con chiarezza dal legislatore, dirette ad evitare possibili eccessi, formano come i *requisiti* necessari per aversi veramente una « lacuna », *perequisiti* quindi per l'applicazione dello stesso can. 20 nella seconda parte, che è poi la dispositiva.

Requisiti della lacuna.

Sono chiaramente menzionati nella prima parte del can. 20 e sono tre: deve trattarsi di un *caso concreto*, deve realmente mancare una *norma* che riguardi questo caso, questo caso deve riferirsi a *materia* non espressamente esclusa.

1) Deve trattarsi di un *caso concreto*. Il can. 20 ha esplicitamente: « *certa de re* ». Solo questioni specifiche di fatto, ossia casi pratici d'indole giuridica, comecchè non preveduti dal legislatore, possono cadere fuori dell'ordinamento, il quale ha e deve avere i suoi *limiti*, per cui è giusta, per quanto sottile, la distinzione del Bergbohm[34]: nell'ordinamento giuridico non esistono lacune, esistono invece *fuori* di esso, ossia oltre i suoi limiti. Se non si trattasse di un *fatto particolare* la cosa si ridurrebbe alla emissione di una prescrizione generale, il che è ufficio del solo legislatore; e, d'altra parte, il primo mezzo imposto per risolverlo in mancanza di espressa norma opportuna è l'*analogia* la quale, secondo la comune dottrina dei logici, che fa capo ad Aristotile, si distingue propriamente dalla deduzione e dalla induzione per ciò che non va dal generale al particolare o dal particolare al generale, bensì *dal particolare al particolare coordinato*.

2) Occorre che riguardo a tale questione manchi realmente

Da ciò la frase felice del Wach: « La legge può essere più sapiente del legislatore ». Cfr. Coviello, *op. cit.*, p. 13.

(32) Cfr. Savigny, *Sist.*, §§ 42 e 46.

(33) « *Praesumptio cedit veritati* » (Hein, § 305, in nota).

(34) *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, Leipzig, 1892, p. 371 seg.

una ESPRESSA DISPOSIZIONE DI LEGGE GENERALE O PARTICOLARE. Prosegue il can. 20: « ...*desit expressum praescriptum* [expressa dispositio] *legis sive generalis sive particularis* ».

Nella doppia dizione vi è sempre l'idea di *evidenza* e *chiarezza* della norma, la quale, nella forma definitiva del Codice, con termine più proprio e ciceroniano, viene chiamata *praescriptum*.

Non è chi non vede però come il giudice e l'interprete, per poter esaminare se nell'ordinamento esista o meno una chiara disposizione che cada bene a proposito per la soluzione di quel caso concreto, debba saper fare a questo punto buon uso delle regole interpretative che il can. 18 impone.

Ma che cosa s'intende per legge *generale*, che cosa per legge *particolare*?

La terminologia relativa alle partizioni delle leggi è veramente un po' oscillante nel Codice [35]. « Le leggi che hanno vigore in tutta la Chiesa — scrive FALCO, p. 42 — sono chiamate ora « *universales* » (can. 6, n. 1), ora « *generales* » (can. 13, § 1) e sono contrapposte alle leggi territoriali, che poi sono variamente indicate come « *leges particulares* » (can. 6, n. 1) o come « *leges conditae pro peculiarii territorio* » (can. 13, § 2), o come « *leges territorii* » (can. 14, § 1, n. 2), o come « *lex peculiaris* » (can. 83); ma « *lex generalis* » significa anche la legge generale quanto alla materia contrapposta alle leggi speciali (can. 22), mentre, d'altra parte, « *lex peculiaris* » significa anche una legge speciale riguardante una determinata persona giuridica (can. 1501); « *lex particularis* » poi indica in modo indistinto la legge territoriale, locale o speciale ». In questo can. 20 però il senso della doppia espressione pare ovvio: mancando una legge *universale* o *particolare*, per motivo di territorio o di persone se pontificia ovvero vescovile, si dovrà ricorrere ai mezzi indicati. La voce *expressum* dà origine a una doppia questione: 1ª Sarà sufficiente una norma anche *implicita* per ovviare la lacuna, ovvero si richiede assolutamente una *esplicita* disposizione di legge? 2ª In mancanza di tale disposizione, ma vigendo una *legittima consuetudine* che risolverebbe quel caso pratico, deve aver luogo la lacuna, ovvero la soluzione dev'essere data a norma della consuetudine?

Quanto alla prima questione ritengo [36] che se vi ha disposizione di legge generale o particolare anche implicita, a norma del can. 6, 6°, la lacuna non deve aver luogo. Quanto alla seconda, più complessa, esprimo il mio modesto parere umiliandolo al giu-

---

(35) Cfr. *Studium*, 1926, p. 158.
(36) Cfr. MAROTO, n. 385, C, p. 447.

dizio degli studiosi: tenendo ben presente la sostanziale differenza tra *prescrizione*, istituto di Diritto privato, che dà luogo all'applicazione del can. 4, e *consuetudine*, istituto di Diritto pubblico, che va regolata a norma del can. 5, ritengo che l'esistenza di una legittima consuetudine pel caso in esame escluda senz'altro la lacuna. Quell'*expressum*, come già ho detto, vale *evidente*, *chiaro*, da non ammettere dubbio alcuno secondo la lettera o il senso, e *lex* equivale a norma giuridica anche consuetudinaria la quale forma anch'essa oggetto di interpretazione [37] e di cui, se legittima, è detto che ha « *vim legis* » (can. 25). Del resto anche Codici civili, come lo spagnuolo, art. 6, e lo svizzero, § 1, rimandano alla « consuetudine » il giudice perchè decida i casi non previsti dalla legge.

3) Il caso pratico, infine, deve riguardare MATERIA CAPACE di ammettere lacuna che possa colmarsi coi mezzi suggeriti. Sicchè alla prima indagine sull'*esistenza* di una qualche norma che possa applicarsi al caso concreto deve immediatamente seguirne una seconda, egualmente necessaria e quasi condizione assoluta, circa la *capacità* della materia, che è contenuto di quel caso concreto, di ammettere gli elementi determinati nello stesso canone ad auto-completamento del sistema. Il Codice, di fatto, nel can. 20, non solo, ma anche in altri luoghi, non ammette la possibilità di poter colmare le lacune quando i casi pratici si riferiscono a stabilire *pene* ed *incapacità*, *eccezioni*, *inabilità* e *irritazioni*. In molti di essi la disciplina canonica concorda con la romana e con la civile vigente.

Il can. 20 contiene la esclusione delle pene così concepita: « *nisi agatur de poenis applicandis* ». Essa veramente è superflua, ed infatti lo schema non l'aveva, come s'è visto, perchè già il can. 19 riconosce che le pene vanno soggette ad interpretazione « stretta », e più esplicitamente il can. 2219, § 3: « *Non licet poenam de persona ad personam vel de casu ad casum producere quamvis par adsit ratio, imo gravior* ». I Codici statali moderni ammettono quasi ad unanimità le stesse giustissime restrizioni [38], allontanandosi così dalla disciplina romana, la quale ammetteva l'applicazione analogica della pena [39].

Affine è la disposizione del can. 983, il quale dispone che gli impedimenti perpetui dell'*irregolarità* non ammettono analogia al-

---

(37) Cfr. D'ANGELO, *Ius Digestorum*, I, Romae, 1926, n. 280.

(38) Cfr., p. es., *Disp. prel. al Cod. civ.*, a. 4°, e *Cod. pen.*, a. 1°.

(39) Cfr. D'ANGELO, *Ius Digestorum*, I, 287, e *Nozione del delitto nel Codice di Dir. can.*, in *Ephemerides Theolog. Lovanienses*, 1926, f. II, p. 215. Il Codice penale della Russia bolscevica del 1922 segna un regresso giuridico ammettendo ampia analogia. Cfr. SANTORO, *Il Codice pen. sovietista*, in *Civitas*, IV, 4 (v. n. VI).

cuna, richiedendosi espressa menzione del caso nel Codice. Suona infatti così: « Nullum impedimentum perpetuum quod venit nomine *irregularitatis*, sive ex defectu sit sive ex delicto, contrahitur, nisi quod fuerit in canonibus qui sequuntur expressum ».

Come il Diritto romnao escludeva la interpretazione analogica nel cosidetto *Diritto singolare*[40], così giustamente alcuni Codici vigenti non ammettono analogia nelle disposizioni *eccezionali*[41] nè nelle *odiose*[42]. E neppure il Codice canonico, in base al principio generalissimo « *odia sunt restringenda* », ammette l'analogia nelle *eccezioni*, prescrivendo il can. 19: « *Leges quae... exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi* ». E poco conta che trattisi di eccezioni « *contra legem* » per dispensa, o « *secundum legem* » esorbitando cioè dai limiti della legge generale, o anche « *praeter legem* » per concessione graziosa. Per tutti questi casi valgono non solo i principii antichi: « Ille cum quo per (S.) Sedem *dispensatur* ut non obstante defectu (natalium) valeat ad beneficium, etiamsi curam animarum habeat, promoveri: nequit praetextu dispensationis huiusmodi (quam exorbitantem a iure oportet veluti odiosam restringi) nisi unicum beneficium retineri »[43] (in quell'epoca potevano ritenersi anche più benefici); « Quae a iure communi *exorbitant* nequaquam ad consequentiam sunt trahenda[44]; « Quod alicui *gratiose conceditur*, trahi non debet ab aliis in exemplum »[45], ma anche le disposizioni sparse nel Codice a tale uopo. Basti aver presente i canoni 50, 67 a 68 per convincersene di leggieri[46].

Speciale menzione meritano le leggi *irritanti* e *inabilitanti* le quali nel nostro Diritto non ammettono analogia in forza del canone 11: « *Irritantes aut inhabilitantes eae tantum leges habendae sunt, quibus aut actum esse nullum aut inhabilem esse personam expresse vel aequivalenter statuitur* ».

Come vedesi, a questa materia si riferisce tutta quella complessa parte del trattato « dei negozi giuridici » la quale porta ad

---

(40) Ll. 14-16, D. I, 3. Cfr. D'Angelo, *Ius Digestorum*, I, 273 e 287.

(41) Cfr., p. es., *Disp. prel.*, art. 4.

(42) Cfr. Coviello, *Dei moderni metodi d'interpretazione della legge*, p. 10. Così conchiude: « Ma quando una norma può dirsi odiosa, e quando no? Quando un precetto costituisce la regola e quando l'eccezione? — Si tratta di vera *eccezione*, o di un diritto *speciale*, entro la cui sfera l'interprete si può muovere liberamente ed operare anche con l'analogia? ».

(43) C. 1, § I, 11, in-6°.

(44) *Reg. Iuris.*, 28, in-6°.

(45) *Reg. Iuris.*, 78, in-6°.

(46) Dice il can. 50: « *In dubio, rescripta quae... adversantur legi in commodum privatorum... strictam interpretationem recipiunt...* »; il can. 67: « *... nec licet illud* (privilegium) *extendere aut restringere* », e il can. 68 rimanda al can. 50 come norma interpretativa dei privilegi.

esaminare quando un atto, per motivo soggettivo ovvero oggettivo e in sè, sia *nullo* o solamente *rescindibile*.

I limiti impostimi mi obbligano a non dilungarmi troppo su questo punto, che trascinerebbe lontano dall'oggetto principale della trattazione: basterà ricordare solamente come la distinzione che si riscontra nel principio del *liber singularis*, secondo la comune opinione attribuita ad ULPIANO[47], fra «*leges perfectae, imperfectae, minus quam perfectae*», sia stata abolita per interpretazione autentica degl'imperatori TEODOSIO e VALENTINO[48], per cui da quel momento tutto ciò che aveva luogo contro il divieto della legge si doveva avere «pro infecto»: «*quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est*». Il Diritto canonico ricevette nel suo «Corpus» tale principio e sancì: «*Quae contra ius fiunt debent utique pro infectis haberi*»[49]. Questa regola però in pratica non trovò costantemente la sua applicazione, perchè, di fatto, non era raro il caso che piuttosto veniva riconosciuta anche nei Tribunali questa contraria norma di INNOCENZO III[50]: «*Multa fieri prohibentur, quae, si facta fuerint, obtinent roboris firmitatem*».

A togliere via ogni dubbio giunse opportuna la ricordata disposizione del canone 11, la quale non dà più luogo oramai ad equivoci: non ogni violazione di legge *proibente* o *vetante*[51] arreca la nullità dell'atto o la inabilità personale, ma si richiede all'uopo disposizione esplicita o implicita della stessa legge, non valendo più le presunzioni di una volta, nè la subbietta materia, come suole avvenire nella disciplina civile in cui la nullità o rescindibilità deriva a seconda che si tratti di Diritto pubblico ovvero privato[52]. Contenendo il Codice stesso vari casi espliciti di tal genere[53], e dettando gli Autori norme ben precise circa le clausole

---

(47) Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Sul «liber singularis regularum». — Appunti Gaiani*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano*, 1921, p. 178 seg.

(48) L. 5, C. 1, 14.

(49) *Reg.*, 64, in-6°.

(50) C. 16, X, III, 31. Cfr. *S. Rom. Rota*, 3 febbraio 1911 (dec. 6, n. 11).

(51) Pigliando a fondamento le parole di MODESTINO, 7, D. 1, 3: «*Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*», alcuni Autori dividono le leggi in *imperative*, *proibitive* (perfette, meno che perfette, imperfette), *permissive* e *penali*. Secondo il modesto mio parere questo frammento non si presta per una tale scientifica classificazione. Cfr. D'ANGELO, *Ius Digestorum*, I, 259. Checchè sia del valore scientifico della divisione, in pratica i Canonisti l'hanno adottata. Cfr. MAROTO, *op. cit.*, 203 seg.; WERNZ, I, 110.

(52) Cfr. BRUGI, *Istit. di Dir. civ. ital.*3, Milano, 1914, 194 seg.; Codice germanico, §§ 125 seg.; BUCCERONI, I, 223 seg.

(53) Cfr., p es., can. 1067; 2294, § 1; 2345; 2346; 2390, § 2; 2394, 1°; 2395; 2413

che contengono implicitamente (*aequivalenter*) inabilità o irritazioni [54], è giusto ritenere che in essi non si ammetta estensione ed analogia.

ELEMENTI INTEGRATIVI.

In tutti i casi nei quali il giudice si fosse trovato senza una precisa disposizione di legge che gli avesse data norma per la decisione, il Diritto romano ammetteva la soluzione venisse fatta per analogia. Afferma GIULIANO (l. 12, D. I, 3): « *Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus-consultis comprehendi; sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita ius dicere debet* »; e continua ULPIANO (l. 13, D. *ib.*): « *Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictioni suppleri* ». E nella inesauribile miniera del *jus gentium*, dell'*aequum et bonum*, il Diritto romano trovava facilmente da riempire le lacune assai frequenti della legge scritta e l'analogia si presentava come mezzo sempre *integrativo*, ma alle volte solo *interpretativo*, alle volte anche *creativo*, di diritto nella doppia categoria di casi rilevata dal SAVIGNY [55]: quando compariva un nuovo rapporto giuridico per lo avanti sconosciuto ovvero quando nasceva qualche nuova questione in un istituto giuridico già conosciuto.

Tutte le legislazioni che seguirono ebbero a sentire il bisogno di questa fonte *suppletiva* e *completiva*, e andrei oltre i limiti di un articolo se mi fermassi nella sola citazione delle prescrizioni positive che dal Medio-Evo ad oggi in ogni nazione si emanarono [56]. Basti ricordare qualcuno dei Codici moderni nei quali il legislatore ha creduto di dover dare al giudice una norma generale per colmare le lacune coll'aiuto dell'analogia. Dispone il Codice civile generale austriaco al § 7: « Qualora un caso *non si possa decidere*... si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalla legge decisi ed ai motivi di altre leggi analoghe. Rimanendo nondimeno dubbioso il caso, *dovrà decidersi* secondo i principii del Diritto naturale, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate ». Il Codice civile italiano all'art. 3, capoverso, delle disposizioni preliminari, ordina: « Qualora una controversia *non si possa decidere* con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio,

(54) Cfr. D'ANNIBALE, I, 213, nota 9; MAROTO, *op. cit.*, 225.
(55) *Sistema*, I, § 46, p. 297-298.
(56) Cfr. FADDA-BENSA, in *Windscheid*, I, n. t, p. 124 seg.

si deciderà secondo i principii generali del Diritto ». Fra i Codici stranieri basti ricordare quello della Repubblica Argentina il quale dispone nell'art. 16 : « Si una question civil non puede resolverse ni por los palabras, ni por el espiritu de la ley, *es atendera* a los principios de leyes analogas; y si aún la question fuere dudosa, *se resolverá* por los principios generales de derecho teniendo en consideración las circostancias del caso ».

Il can. 20, riproducendo su per giù le stesse disposizioni, si differisce dai Codici civili in due cose sostanziali le quali inducono a ritenere, anche sotto questo aspetto, la sua novità : 1ª la espressione « *norma sumenda est* » del Codice, mentre in definitiva tende ad ingiungere la risoluzione o decisione pratica del caso, nel suo contenuto si discosta dalle espressioni civili « dovrà decidersi », « si deciderà », « se risolverà », sciogliendo così la questione, tanto discussa nella scienza giuridica, se cioè l'analogia, e quindi l'applicazione dei mezzi indicati a colmare le lacune, sia una specie di interpretazione, ovvero una speciale forma di produzione di diritto; 2ª i mezzi additati in numero di quattro sono a ritenersi più completi, e quindi più sufficienti a colmare le lacune che non i mezzi suggeriti dai vari Codici civili.

Alla questione generica, se gli elementi imposti nel can. 20 ad integrare il Diritto, ossia a colmare le lacune, abbiano forza solamente *interpretativa* o anche *creativa* di diritto, credo che debba rispondersi senz'altro : HANNO FORZA CREATIVA DI DIRITTO.

A questa opinione che ritengo assai probabile, e vorrei dire certa, induce :

a) la peculiarità della società ecclesiastica in cui il Superiore accumula il doppio potere legislativo e giudiziario. La fusione della funzione legislativa e giudiziaria, infatti, rende possibili in Diritto canonico certi atti inconcepibili nella società civile [57], e quando anche chi agisce è l'interprete o il solo giudice, come l'officiale della Curia o l'uditore di Rota, egli agirà con i poteri a lui concessi dal Legislatore supremo in questo canone [58];

---

(57) Uno di questi è il caso di *retroattività* della legge penale di cui nel can. 2222, § 1. Cfr. D'ANGELO, *Retroattività della legge in materia penale ecclesiastica*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1922, p. 143 seg., e *Nozione del delitto nel Codice di Dir. canonico*, in *Ephemerides Theologicae Lovanienses*, 1926, p. 210 seg.

(58) Il diritto non è nè dev'essere rigido e morto, quello specialmente che si riferisce a materia disciplinare : or dovendo la giurisprudenza essere la *viva vox iuris*, solo così diverrà una valida cooperatrice della legislazione. L'autorità del giudice *non deve* porsi al di sopra della legge, ma neppure deve esagerarsi l'imperio di questa, specie se dubbia ed oscura, fino al punto da sacrificare ogni attività dell'interprete. Abbia però sempre presente il giudice quell'opportuno ammonimento del Card. DE LUCA nel *Dottor volgare* (vol. IV, l. XV, c. XVII, p. 725) che « la legge distingue l'arbitrio dalla volontà e che a questa solo concede la libertà nell'eleggere il bene e il male, ma non all'altro, il quale dev'essere regolato dalla

b) il tenore del canone è tale da non ammettere equivoci. Quel « *norma* », che grammaticalmente è il soggetto, logicamente non è che l'oggetto del verbo « *sumere* » (= togliere, pigliare, assumere): il giudice e l'interprete quindi *dovrà* (« sumenda est » è forma precettiva) assumere o pigliare la norma (e qui « norma » vale « norma iuris »: *Kanon* = regola, sinonimo di *lex*) da una di quelle quattro fonti le quali ne sono come la radice. Prima di applicarla, il giudice, in mancanza di altra legge esplicita, deve *crearla* la norma, ma non a suo piacimento, bensì nei limiti imposti dal legislatore;

c) il fatto poi delle delimitazioni così chiaramente prescritte è garanzia perchè non abbia luogo quella « *aequitas cerebrina* » la quale sarebbe pericolo di arbitrio anche a scapito della giustizia [59];

d) gl'interpreti del Codice sono quasi tutti di questo stesso avviso: l'espressione, infatti, usata dai più, per es., dal VERMEERSCH, « *de legum supplementis* », e dal CHELODI, « *suppleatur* », sta a dire che la norma tolta da quelle fonti *supplisce sostituendo* la legge che manca, pigliandone il posto;

e) del resto anche fra alcuni civilisti moderni nostri e stranieri, e persino in legislazioni più recenti, va diffondendosi l'idea di riconoscere più ampia sfera di azione alla giurisprudenza. Tra i nostri basti ricordare il FILOMUSI-GUELFI, il quale ritiene « che l'analogia è forma di produzione del diritto [60]. Discordi sono pure i Tedeschi sull'attività spiegata dal giudice nel caso di lacune: alcuni la qualificano come *creazione* (Rechtsshöpfung = schöpfen das Recht = creare il diritto), altri un semplice *riconoscimento* (Rechtsfindung = finden das Recht = *trovare la norma*), ma la

---

legge e dalla ragione, sicchè sia un'operazione *necessaria* e *non volontaria* dell'intelletto ». Cfr. OTTAVIANI, *Inst. iuris publ.*, I, p. 346.

(59) Piace riferire le parole del FABBRO, *Jurisprudentiae Papinianeae scientia*, t. I, princ. II, ill. II: « *Nihil periculosius dici potest et perniciosius, quam si iudici cuilibet liceat aequitatem pro arbitrio sibi fingere, et legibus illudere praetextu huius aequitatis, quam ideo non male* CEREBRINAM *quidam vocarunt* ».

(60) *Op. cit.*, p. 146. In nota (3) riferisce lo *status quaestionis* e la bibliografia. Del resto, la critica che dagli avversari si muove all'opinione oramai soda e giustamente sopra propugnata, come quella che si basa sul *Diritto romano*, in cui il metodo d'interpretazione solo apparentemente vincolava l'interprete, il Pretore, specialmente che era tenuto al suo Editto, ma in realtà molte volte gli rendeva possibile una notevole attività creativa di diritto (cfr. D'ANGELO, *Ius Digestorum*, I, 96), è diretta contro una *libertà esorbitante* del giudice e quindi contro i postulati estremi di quella che oggi si chiama « scuola del Diritto libero ». Certo una tale dottrina, che non ammette limiti, è « sostanzialmente regressiva e, ad onta del nome, illiberale » (DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 13), onde a ragione devono aversi come una critica anticipata alla medesima le brevi parole del MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, l. XI, ch. VI: « S'ils [les jugements] étoient une opinion particulière du juge, on vivroit dans la societé, sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte ». Cfr. DEGNI, *op. cit.*, §§ 78-86, 89-96.

prima opinione è la più comune e la più soda [61]. Una disposizione poi assai lodata da molti scrittori è quella del Codice svizzero del 1907, § 1: « ... Nei casi non previsti dalla legge, il giudice secondo la consuetudine e, *in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore*. Egli si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli » [62].

In Diritto canonico, quindi, pare non possa esservi dubbio alcuno: l'attività spiegata dal giudice nei casi di lacune, e quindi nell'applicazione del can. 20, costituisce ed è *vera e propria creazione* di diritto.

Fu mossa critica a questo complesso canone, specialmente al procedimento indicato nel medesimo, che si ritenne perciò inapplicabile. « È evidente, ad ogni modo — scrive il FALCO, *op. cit.*, p. 105 — che i mezzi additati dal canone per colmare le lacune sono eterogenei: i primi due, mezzi di interpretazione; gli ultimi, fonti di diritto, e che non è possibile passare successivamente dai primi, metodi logici, che dànno necessariamente la soluzione di qualunque caso, ai secondi, che potrebbero mancare o non avere i requisiti voluti dalla legge ». « Il canone quindi — prosegue l'illustre A. — non può intendersi se non come disposizione espressa di ricorrere per colmare le lacune delle leggi alla analogia ed ai principii generali di Diritto, e come ammonimento, che abbraccia anche un campo più vasto di quello delle lacune in senso tecnico, di decidere i casi non preveduti o controversi, tenendo conto della giurisprudenza della Curia romana e della comune opinione degli scrittori ».

Non pare giusto il ragionamento della premessa e tanto meno la conseguenza. Che gli elementi integrativi prescritti siano *eterogenei* nel metodo è da riconoscersi: nei primi due, infatti, comuni a quasi tutti i Diritti civili, si procede a metodo interpretativo, negli altri a metodo indagativo, ma in ogni caso sempre con *metodo logico*. Anche il Codice svizzero ordina che il giudice, pur agendo come legislatore, si attenga « alla dottrina ed

---

(61) Cfr. intanto DONATI, *op. cit.*, il quale, a p. 181 seg., dimostra che l'*antitesi* delle voci tedesche non risulta così chiara come in italiano.

(62) Cfr. il commento del prof. HUBER nelle *Erläuterungen zum Vorentwurf*, p. 34 seg. Scrive COVIELLO, *op. cit.*, p. 38, dopo aver ricordata la disposizione svizzera: « ... il legislatore potrebbe innovare il diritto preesistente. Invece l'interprete non può da noi porsi in contrasto con lo spirito complessivo della vigente legislazione. Se questa si concepisce come un organismo, non si può cacciarvi dentro un corpo estraneo. Per noi quindi, pur troppo, la regola parmi assolutamente diversa e, volendo farne meglio risaltare la differenza, potrebbe formularsi così: il giudice deve decidere come avrebbe deciso il legislatore *coerentemente a se stesso* ove avesse previsto il caso ». Credo che si tratti di *quantità* e non di *qualità*: il giudice, in caso di lacune, *crea*, ma tale sua potestà è circoscritta dalle condizioni del sistema. Cfr. D'AMBROSIO, *op. cit.*, p. 66.

alla giurisprudenza più autorevole ». Vero è che il ricorso all'analogia ed ai principii generali di Diritto spessissimo dà la soluzione ai casi pratici, ma questo non necessariamente, e quindi quelle rare volte che la soluzione non è certa per quelle vie, l'interprete e il giudice possono successivamente attingere alle *fonti sussidiarie* indicate, delle quali peraltro essi possono, e io direi devono, fare grande conto anche nell'uso dei primi mezzi. E sotto questo aspetto il ricorso alle fonti può essere un semplice ammonimento: non così però se i primi elementi vengono a mancare del tutto, poichè allora non si vede il motivo di ritenere come disposizione il ricorso ai primi mezzi e solo ammonimento il ricorso agli altri. Secondo la sentenza propugnata, il legislatore determina in maniera subordinata quattro mezzi, coi quali egli dà facoltà al giudice di poter creare il Diritto per colmare le lacune, e il procedimento è logico e perciò bene applicabile in pratica.

Analogia.

Come primo e più potente mezzo d'integrazione delle norme di legge il legislatore ecclesiastico, al pari che i civili, ha introdotto l'analogia e precisamente quella che i moderni sogliono chiamare *analogia legis* per distinguerla dall'altra, detta *analogia iuris*, di cui in secondo luogo [63]. Dice dunque il can. 20: « ...*norma sumenda est... a legibus latis in similibus (casibus)* ». La definizione che Isidoro, *Etymol.*, I, 27, dà dell'analogia, ne esprime assai bene il concetto [64]: « *Analogia* graece, latine *similium comparatio* sive proportio nominatur. Cuius haec vis est, ut quod dubium est ad aliquod simile, quod non est dubium, referatur, ut incerta certis probentur ».

---

(63) La distinzione tra *analogia legis* e *analogia iuris*, non molto felice nella forma (*lex* e *ius* non sono termini antitetici) è di origine interamente moderna e non è sempre intesa egualmente dai civilisti. Dei quali alcuni, all'ordinario e più comune senso con cui l'*analogia legis* è la norma desunta da altra legge emessa in casi simili e l'*analogia iuris* è quella desunta dai principii di tutto il Diritto, vorrebbero sostituire altre formole ed altri concetti, p. es., « casi simili » e « materie analoghe », « analogia speciale » e « analogia generale ». Ma questo, io credo con Del Vecchio, *op. cit.*, p. 14, nota, rappresenta un vero abuso del concetto. La sostanza della differenza pare stia proprio in questo: mercè l'analogia legis l'interprete applica una norma concreta, già stabilita nel corpo della legge per un caso, ad un caso diverso ma *affine* ossia simile, mentre con l'analogia iuris egli deve cominciare con lo stabilire una norma concreta, che come tale nel corpo della legge non esiste affatto, e risolvere così il caso completamente *nuovo* che gli si presenta. « Con la prima — insegna Simoncelli, *Istit. di Dir. priv. ital.*[3], p. 81-82 — si argomenta da una regola di legge relativa ad un caso simile od a materia analoga; con la seconda si argomenta dai principii generali di Diritto positivo, dallo spirito di tutta la legislazione ».

(64) Cfr. anche Varro, *De lingua latina*, l. 10, c. 3-6; Quint., I, 6; Gellius, II, 25, e la vera sua essenza in Stahl, *Phil.*, II, 1, p. 166 seg.

I giuristi romani usavano le frasi « *producere ad consequentias* », « *in argumentum trahere* », « *procedere ad similia* », indicando con esse la « generalizzazione analogica » di cui impropriamente oggi si parla: i medesimi però mostrarono di avere esattissimo concetto dell'analogia che di sua natura tende soltanto al particolare, sia esso *nuovo* o solo *ulteriore* [65]. Nell'analogia si procede per una conseguenza logica da *un caso* preveduto ad uno che non è tale, ma che è compreso in una norma generale che domina i due casi: ond'è che l'argomentare analogico non si può estendere indefinitamente essendo legato di sua natura ai termini dai quali procede e tra i quali si svolge, cioè l'*affinità* di fatto e l'*identità* di ragione [66]. Ciò viene espresso dalla nota massima di GOTOFREDO, in l. 32, D. 9, 2: « *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio* ».

Ecco perchè essa non è possibile nelle *eccezioni* e non è applicabile al *ius singulare* [67].

L'analogia suole spesso confondersi con la *interpretazione estensiva* con la quale ha una certa somiglianza, ma se ne differisce profondamente perchè i loro presupposti sono diversissimi. Nella interpretazione estensiva si riconosce che la norma si contiene espressa nella legge, ma che solo le parole non ne adeguano l'estensione; nell'analogia invece si riconosce che la norma pel caso non vi è, ma che se la legge avesse data una norma per esso, avrebbe dettata quella stessa norma che si ha pel caso simile previsto. « Di qui deriva — conchiude FILOMUSI-GUELFI, p. 146 — che l'analogia è forma di produzione di diritto: poichè con essa si sviluppano le norme del diritto formulato; ma dall'altro lato tal produzione si ha nella forma dell'interpretazione, ed è diretta a colmare le lacune della legge nell'applicazione ».

Presupponendo quindi l'analogia qualche cosa di certo da un lato e qualche cosa d'incerto dall'altro, e dovendo procedere per via di induzione e di generalizzazione, è ovvio, da una parte, che non può cominciarsi lo studio delle analogie se non quando siasi ben fissata la interpretazione, e, dall'altro, che allora solo può procedersi con sicurezza quando si abbiano *casi simili*.

Ecco perchè anche il Codice canonico, come i civili, fa esplicita menzione di *casi simili* (la voce *casi* è veramente sottintesa nell'edizione ufficiale) [68].

---

(65) Cfr. FERRINI, *Pandette* 3, p. 37.

(66) L'essenza della *proporzione* infatti è nell'uguaglianza di *ragioni* o di *rapporti*, onde analogia quantitativa o qualitativa. Cfr. FILOMUSI-GUELFI, *l. c.*, p. 145, nota 1.

(67) « *Quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias* », l. 14, D. 1, 3, come sopra si è già notato.

(68) I Codici civili sogliono parlare di *casi simili* o *consimili* e di *materia*

Mentre però i civilisti si sforzano di determinare la nozione del caso *affine* o *simile*[69], la dottrina canonica è più chiara e precisa: l'*affinità* ossia la *simiglianza*, nella quale è lecito portare lo stesso criterio[70], e specialmente da ammettersi in *correlativis*, in *aequiparatis*, in *connexis*, in *contentis*[71].

Principii generali di Diritto.

Quando la regola del caso simile, che è poi quella della materia analoga, si riconosce insufficiente per la risoluzione della questione, con un ulteriore grado di astrazione, l'interprete deve levarsi un po' più in alto nella via della generalizzazione per comprendere nella sfera del *Diritto* il caso dubbio.

Si parla così di ricorso ai principii generali di Diritto, come ordina anche il Codice: « ... *a generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis* ».

Molto si è scritto dai civilisti sul contenuto della espressione principii generali di Diritto, dei quali fa cenno anche il nostro Codice all'art. 3, *Disp. prel.*, il quale, eliminando la espressione: *Diritto naturale* del Codice generale austriaco (§ 7), riproduce la disposizione del Codice Albertino (sardo) in cui però (art. 15), dopo le parole: *secondo i principii generali di Diritto*, leggevasi: *avuto riguardo a tutte le circostanze del caso*. Quasi tutti convengono nel ritenere che, per quanto alto si voglia risalire alla ricerca dei principii generali, questi devono essere sempre *principii di Diritto positivo*, anzi i principii generali del *sistema positivo*, dell'*intiero ordinamento giuridico*. Da parte il problema che sempre resterebbe: bisogna decidere secondo i principii direttivi che *vigevano* al tempo in cui la legislazione fu emanata, o secondo quelli *oggi* dominanti? Non è da non fare conto dell'opinione di recenti autori, secondo i quali, il Diritto naturale ritorna a galla per pigliare il posto d'onore fra le teorie più accreditate nell'interpretazione dei principii generali del Diritto. Piace trascrivere queste

---

analoga, ma in sostanza non è che una sola e stessa nozione di *eguaglianza* rilevata con pari grado di astrazione.

(69) Suol ritenersi *simile* quel caso che abbia in sè tutti quegli *elementi importanti* ed *essenziali* per i quali il legislatore si determinò a dettare la sua disposizione riguardo al rapporto da essa contemplato, trascurandosi le *accidentali secondarie differenze* per le quali appunto sorge il caso nuovo, e che è a credere non avrebbero influito sul legislatore, se da lui considerate, a modificare la regola stabilita pel rapporto da lui preveduto.

(70) « *De similibus idem iudicium habendum est* » (c. 2, X, I, 7).

(71) Il significato delle espressioni è assai ovvio: *correlativa* sono compra e vendita (can. 1530), *aequiparata* sono le uova e i latticini (can. 1251, § 1), *connexa*, chiedere e amministrare i sacramenti (can. 2261), *contenta*, dispensare e commutare. Cfr. Maroto, 240, nota, p. 254.

importanti considerazioni del prof. DEL VECCHIO[72]: « L'idea del Diritto naturale è veramente di quelle che accompagnano l'umanità nel suo svolgimento; e se pure, come non di rado è accaduto, e massime ai tempi nostri, alcune scuole facciano professione di escluderla o di ignorarla, essa si riafferma potentemente nella vita. Vano è perciò, oltre che incongruo, il tentativo di ripudiarla; e tanto più vano e incongruo quando si tratta di interpretare un sistema legislativo che, come il nostro, è stato formato, direttamente o indirettamente, sotto l'impero di quell'idea. Del che noi abbiamo la prova, non tanto nei lavori preparatori, dei quali non vorremmo esagerare l'importanza ai fini dell'interpretazione, quanto nel fatto che la nostra legislazione deriva in massima parte per il diritto, dal Diritto romano, svoltosi tutto intorno all'idea della *naturalis ratio*... ».

I canonisti, nella loro maggioranza, trascurando queste saggie considerazioni e facendo invece grande conto delle ragioni con cui gli avversari civilisti si sforzano di dimostrare che non bisogna uscire, in questi casi, dal Diritto positivo nazionale, attuale e vigente, non essendo lecito il ricorso a leggi già abrogate o di Diritto straniero, sono indotti a ritenere, come fa, p. es., il TOSO[73], che qui si tratti di principii del *solo* e *puro Diritto canonico*. Viceversa, le *espressioni* in sè ed i *riferimenti* storici e logici della disposizione portano a ritenere che per *principii generali di Diritto* qui debbano intendersi i principii generali del DIRITTO NATURALE, non solo, ma anche di quel DIRITTO ROMANO, specie il COMUNE, che è fondamento e fonte della legislazione ecclesiastica. Anche qui non si tratta, come vedesi, di principii vaghi e indefiniti che ammettano opera « cerebrina » o arbitrariamente personale, bensì di precetti radicati nella stessa coscienza umana, determinati e concretizzati nel *ius* ch'è « ratio scripta », e conoscibili con sano metodo[74]. Non va inteso certamente il Diritto civile vigente.

a) La voce « *iuris* » in questo canone pare che non possa avere il significato esclusivo di Diritto canonico. Fu osservato: quando il Codice di Diritto canonico vuole intendere il *Diritto civile*, lo dice esplicitamente. Ma in tutti quei casi l'antitesi è fra *Diritto canonico* e *Diritto civile vigente*[75] ed è giusta l'aggiunta; qui invece la contrapposizione è rilevata fra *principia iuris* ed *aequitas canonica*.

---

(72) *Op. cit.*, p. 23-24.

(73) *Op. cit.*, p. 62.

(74) « ... questo mondo civile è stato fatto dagli uomini, e però i suoi principii si debbono ritrovare nella nostra medesima mente umana ». VICO, *Scienza nuova* 1. P. I, c. XI. Cfr. DEL VECCHIO, p. 25.

(75) Cfr., p. es., can. 33, § 2; 1059; 1080; 1513, § 2; 1529, ecc.

L'avverbio « *cum* » indica *compagnia*, la qualifica « canonica » è aggiunta solamente al secondo requisito per l'applicazione [76]; dunque — è lecito conchiudere — o si desidera un *quid novi* che manca al primo requisito, ovvero si fa spreco inutile di un aggettivo, il che non può ammettersi assolutamente.

b) Qui perciò « IUS » non è *un* Diritto, ma IL DIRITTO per eccellenza, il naturale cioè, e, dopo di esso, quello che per il suo carattere universale supera tutti gli altri, il *romano*, il quale potè meritare quell'esplicito elogio non senza peculiare scopo fatto dal Pontefice BENEDETTO XV nella Costituzione Providentissima con cui promulgò il Codice nella Pentecoste del 1917: « *Romanorum ius, insigne veteris sapientiae monumentum, quod* RATIO SCRIPTA *est merito nuncupatum* ».

c) Il « Regolamento legislativo per gli Stati Pontifici », di GREGORIO XVI [77], al § 1, ha: « Le leggi del *Diritto comune*, moderate secondo il Diritto *canonico*... continueranno, ecc. ». Dunque, la moderazione richiesta è qualificata proprio dall'aggettivo « canonico » che si contrappone a Diritto comune.

d) Fondamento del Diritto canonico è non solo il Diritto *divino*, naturale e positivo, ma anche quel Diritto *umano* ch'è « insigne monumento di umana sapienza » e di cui fu detto *Ecclesia vivit lege romana* [78]. Ben a ragione il Diritto *civile* — e nel Foro ecclesiastico con questa designazione semplice s'intende il *Diritto civile romano* [79] — fu sempre ritenuto fonte *suppletoria* di Diritto canonico; il che vale anche oggi, io credo, nel ricorso ai suoi principii generali, specie alle *Regulae iuris* autentiche che dal Digesto (50, 16) passarono nelle Decretali (V, 13, in-6°). Sono dello stesso parere CHELODI, n. 68, e VERMEERSCH, I [2], 99 [80].

---

(76) Strettamente il verbo « *servare* » significa « conservare », « custodire », ed allora il senso sarebbe: va applicata la norma desunta dai principii generali *del* Diritto conservati *insieme* all'equità canonica e moderati secondo le norme direttive *oggi* dominanti nell'attuale sistema.

(77) Pubblicato il 10 novembre 1834, entrato in vigore il 1° gennaio 1835, conosciuto sotto il nome di *Codice gregoriano*, fu fonte indiretta di disposizioni canoniche nel Codice. Cfr. D'ANGELO, *Un caso di restitutio in integrum*, in *Ephemerides Theologicae Lovanienses*, luglio 1926 (v. n. VII, p. 119 seg.).

(78) Per la presunta lotta della Chiesa allo studio del Diritto romano e per il momento storico in cui invalse l'adagio: « *Usus legum clericis periculosus* », cfr. BOUCAUD, *Le Code de Benoît XV et le Droit romain*, in *Chronique sociale de France*, XXVIII, 8-9, août-sept. 1919, p. 441 e seg. Resta sempre vero il noto aforisma di PROSPERO FAGNANO, *Comm. ad V ll. decr.*, ad c. 10, X, III, 5: « *Legista sine canonibus parum valet, canonista sine legibus nihil* », reso più comune dal commento dei dottori, p. es., REIFF., D'ANNIBALE, MAROTO, ecc.

(79) Cfr. WERNZ, I, 228.

(80) Sono contrari MAROTO, n. 384, e TOSO, 55. Tuttavia il riferimento alle *Regole* viene riconosciuto, oltre che dal DE MEESTER, I 2, 274, dal CICOGNANI, II, p. 136. Per le regole cfr. REIFF., V, *app.*

e) Il metodo poi per conoscere questi principii di Diritto sia *naturale* che *positivo* (romano e canonico) è molto facile quando si procede per via di astrazione per *induzione* e *deduzione* sino a ritrovare il principio che ben si adatti al caso concreto, risolvendolo in *armonia* e secondo lo *spirito* del sistema. In questo caso, specie quando sarà intervenuto il criterio moderatore dell'equità canonica, la norma ricercata diventerà applicabile *non* per la sua qualità di regola del Diritto romano come tale, *bensì* per la sua riconsacrazione nei principii generali e nello spirito informatore comune ad essa ed all'ordinamento canonico, da cui *sempre* e *solo* ripeterebbe la sua forza obbligatoria.

f) Questo non vale dei Diritti *civili vigenti*, all'infuori che le loro disposizioni traggano origine dalla comune fonte, il Diritto romano o comune, perchè allora questo si avrebbe come causa della causa. Convengo col VERMEERSCH, n. 100, che il Diritto civile vigente sia anch'esso, oggi, *fonte suppletoria* di norma canonica, ma non per trarne i *principii generali* applicabili alle lacune giuridiche, bensì a supplire regole per colmare le possibili lacune della legislazione, come dirò subito. E la differenza è palese quando si pensa che il ricorso al Diritto civile vigente non è possibile in questo punto, prima cioè di esaminare se la prassi di curia e la dottrina canonica diano la norma che faccia al caso.

EQUITÀ CANONICA.

La voce « *aequitas* » è di quelle in cui si manifesta ad evidenza l'infiltrazione del pensiero moderno nel linguaggio antico.

Derivando dalla radice *aika*, significa *unità*, *uguaglianza*[81]; essa dunque non altro significa nello scopo e nell'essenza sua che lo stesso diritto sotto l'aspetto intrinseco e finale. « Ma poichè allo scopo del diritto — insegna il prof. BONFANTE nelle sue pregevoli *Istituzioni di Diritto romano* — non ogni norma giuridica risponde o non vi risponde costantemente, sia per essere antiquata o in qualche modo disadatta a un dato ambiente sociale, sia per l'imperfezione dei mezzi, che il legislatore ha disposto, si genera un'antitesi frequente fra il *ius* o il *iustum* e l'*aequum* o *bonum et aequum*, e allora quella parte dell'*aequitas* che aspira ad essere diritto si chiama dai Romani *aequitas naturalis*, deno-

(81) Da *aequor* = mare, superficie. Cfr. BONFANTE, *Ist. di Dir. rom.*8, § 2, e *Storia* 3, I, p. 370; FERRINI, *Pandette* 3, p. 7; PEROZZI, *Ist. di Dir. rom.*, I, p. 82; FILOMUSI-GUELFI, § 28; SCIALOIA, *Del Diritto positivo e dell'equità*, Camerino, 1880.

minazione usata da loro assai di frequente per indicare le innovazioni opportune recate dagli organi della evoluzione giuridica e principalmente dal Pretore: quella parte che è già diritto *aequitas civilis* o *constituta*. *Ius iniquum* è il diritto che non risponde all'*aequitas* ».

Fu così che il trionfo dell'equità sulle forme del Diritto rigoroso potè dirsi già compiuto, nelle sue linee essenziali, nel periodo della giurisprudenza classica[82]; ma GIUSTINIANO, che non si limitò ad un lavoro semplicemente riassuntivo, volle infondere uno *spirito* nuovo alla sua opera, specie per quello che si riferisce a questo elemento temperativo. L'equità giustinianea, rivestendosi del sentimento religioso, subisce il bagno dei nuovi ideali, ed allora il contrasto fra essa e la equità classica diventa sensibilissimo: questa è solo retributiva; quella, la giustinianea, è norma obiettiva, è *pietas*, *humanitas*, *caritas*, quindi *umana*, anzi *cristiana tendenza ad infrangere il rigore del Diritto* alla considerazione del bene e del vantaggio altrui, alla protezione dei deboli, alla mitezza, pietà, carità[83].

La Chiesa, che solo davanti al bene delle anime, « suprema lex », aveva potuto operare una tale trasformazione di terminologia non solo ma di sostanza o contenuto[84], introdusse subito questo elemento nel suo ordinamento giuridico, e divenne così *canonico*. Di qui quella *aequitas canonica* di cui si occuparono i canonisti e della quale si fa menzione in questo canone, rilevandola come un elemento di benignità ed indulgenza, ispirato sopratutto al bene delle anime, il quale tenda a temperare, secondo la nota espressione di S. CIPRIANO[85], il sommo rigore del Diritto.

---

(82) I precetti più salienti di quest'epoca sono: « *Non omne quod licet, honestum est* » (PAOLO, l. 144, D. 50, 17) che ricorda quel dell'APOSTOLO (I *Cor.*. VI, 12, e X, 22): « *Omnia mihi licent, sed non omnia expediunt* »; « *In omnibus... maxime... in iure aequitas spectanda est* » (l. 9, D. *ib.*). La tendenza equitativa, com'è noto, è rappresentata da PAPINIANO.

(83) Cfr. RICCOBONO, *Cristianesimo e Diritto privato*, in *Riv. di Dir. civ.*, 1911, p. 46-47. È contrario il BAVIERA, *Concetto e limiti dell'influenza del Cristianesimo sul Dir. rom.*, Paris, 1912, p. 17. Su tale punto cfr. n. I.

(84) Ho sempre ritenuto che la trasformazione del concetto di *aequitas* si debba alle idee nuove del Cristianesimo puro. Nè i concetti morali dello stoicismo potevano recare tanto radicale riforma di sostanza. CICERONE, p. es., che nel *de officiis*, I, 10, ricorda che « *summum ius summa* (saepe) *iniuria est* », ci fa solo sapere in *pro Caec.*, 13: « *ex bono et aequo, non ex callido versutoque iure rem iudicare oportere* ». Quanto da lui si discosta S. AMBROGIO, il quale, cristianizzando il *de officiis* ci ricorda (III, 3, 16): « ... *appellata est humanitas specialis et domestica virtus hominis quae consortem adiuvet* »; ed altrove (c. 20): « *subvenire enim non habent, humanitas est* ».

(85) « ... *justitia dulcore misericordiae temperata* ». Già prima di Lui però ARISTOTELE (*Eth.*, V, 10) aveva concepito l'equità come un correttivo del giusto; TERENZIO (*Adelpli*, a. 1°, n. 1) aveva bene indicato il rapporto tra *ius* ed *aequitas*: « ... hoc interest: *ius* est quod omnia recta et inflexibilia exigit; *aequitas* est, quae

Essa non è ingiustizia, ma vera giustizia del caso dato perchè, come bene si esprime il PUCHTA[86], « l'equità consiste nell'aver riguardo alla individualità e nei rapporti ». L'essenza dell'equità canonica sta pur sempre nella eguaglianza: « *ubi enim non sunt universi pares, aequitas non est* », insegnò LATTANZIO[87]; l'applicazione però trova posto non solo nelle lacune[88], come qui, quando dev'essere a temperamento di rigore dei principii generali[89], ma anche in ogni caso di interpretazione che deve condurre all'applicazione della legge nei rapporti particolari[90], specialmente nell'applicazione delle pene[91].

Questa equità è quella che i canonisti sogliono chiamare *naturale* per distinguerla dalla legale, la quale non è altro se non la *moderazione* o l'emendamento della legge in un qualche caso particolare, per cui, interpretandosi la mente del legislatore non con-

---

de iure multum remittit » e ULPIANO (l. 1, 1, D. 1, 1) aveva chiamati « *sacerdotes* » i cultori del *bonum et aequum*. Cfr. anche l. 11, D. *ib.*; CIC., *Top.*, 2, 9; MORIANI, *La filosofia del Diritto nel pensiero dei giureconsulti romani*, Firenze, 1876.

(86) *Vorlesungen*, I, § 21.

(87) *Div. Institutiones*, V, 15.

(88) « *Haec aequitas suggerit etsi iure deficiamur* » (l. 2, 5, D. 39, 3). Di qui il POTERE CREATIVO o modificatore per mezzo dell'equità riconosciuto e attribuito al giudice già da ARISTOTELE. Cfr. DEL VECCHIO, p. 12, in nota. Nel Diritto imperiale romano questo potere, ossia funzione creativa, passò agl'imperatori: « Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere ». Nel Diritto canonico il giudice riprende questa funzione creatrice.

(89) In questo caso l'antitesi è fra *equo canonico* e *giusto*, canonico o non canonico, come s'è visto, anzi più facilmente *non-canonico*, e, in questo caso, l'antitesi è non solo nel campo ideale, ma può essere anche nel campo del Diritto formale.

(90) Insegna FILOMUSI-GUELFI, *l. c.*, p. 94: « L'idea giuridica, che si formula in legge, assume una forma universale, e comanda o vieta, come regola generale, alla quale debbonsi ridurre i singoli casi, che cadono sotto il dominio della sua sfera. In questa forma universale, che per necessità logica la legge deve assumere, può trovarsi il difetto, pel quale applicandosi al caso particolare essa riesca ad una ingiustizia. Il difetto della forma della legge non è colpa della legge o del legislatore, ma necessità della legge formulata, in quanto essa è pensiero universale e parla universalmente. Applicandosi i principii di equità, si fan valere di fronte alla lettera il vero spirito della legge e la vera volontà del legislatore. Cosicchè l'antitesi tra diritto ed equità non è possibile se non nel campo del puro diritto formale, imperciocchè idealmente il giusto è identico all'equo ».

(91) Dice il can. 2214, § 2: « Prae oculis autem habeatur monitum Concilii Trid., *sess. XIII*, *de ref.*, *cap. I*: meminerint Episcopi aliique Ordinarii se pastores non percussores esse, atque ita praeesse sibi subditis oportere, ut non in eis dominentur, sed illos tamquam filios et fratres diligant elaborentque ut hortando et monendo ab illicitis deterreant, ne ubi deliquerint, debitis eos poenis coërcere cogantur; quos tamen si quid per humanam fragilitatem peccare contigerit, illa Apostoli est ab eis servanda praescriptio ut illos arguant, obsecrent, increpent in omni bonitate et patientia, cum saepe plus erga corrigendos agat benevolentia quam austeritas, plus exhortatio quam comminatio, plus caritas quam potestas; sin autem ob delicti gravitatem virga opus erit, tunc cum mansuetudine rigor, cum misericordia iudicium, cum lenitate severitas adhibenda est, ut sine asperitate disciplina, populis salutaris ac necessaria, conservetur et qui correcti fuerint, emendentur aut, si resipiscere noluerint, ceteri, salubri in eos animadversionis exemplo, a vitiis deterreantur ».

tenuta nella legge, si giunge alla presunzione che il medesimo, se presente, sospenderebbe in quel caso la legge stessa [92]. L'esercizio di tale equità viene comunemente chiamata *epikeia* (= *aequitas*) contro la quale, non senza buone e ben fondate ragioni, si scagliano alcuni più recenti canonisti i quali, dietro l'asserzione dello SCHERER (I, § 40): « *epikeiam ius non agnoscit* », ritengono che essa non sia una figura giuridica perchè il suo uso non oltrepassa i limiti del foro interno [93].

Essendo l'equità il *correttivo* della norma in un dato caso, ed importando quindi una *creazione* di diritto, il suo uso generale non è ammesso nei vigenti Diritti civili [94]. Nel nostro, per esempio, a differenza dello svizzero, l'interprete non può ricorrere all'equità dopo aver invano sperimentato l'*analogia legis*, ma deve ricorrere, come si è visto, *ai principii generali* del Diritto; all'equità invece è rinviato dal legislatore stesso in casi determinati [95], nei quali dunque non ha neppure luogo il ricorso all'analogia. Senonchè, con tutta la reverenza ai fieri avversari di ogni equità [96], non può dimenticarsi che essendo l'*equità* principio informativo del Diritto in generale, e quindi anche di ogni Diritto positivo, l'applicazione dei principii generali non potrà dilungarsi troppo dai dettami dell'equità [97].

GIURISPRUDENZA E DOTTRINA.

Dopo i due modi, a metodo logico, sopra suggeriti, il legislatore impone, se la lacuna tuttora persiste, il ricorso a quelle due fonti sussidiarie che formano il cosidetto *Diritto scientifico*, o Diritto dei giuristi. Prosegue infatti il can. 20: « *norma sumenda est... a stylo et praxi Curiae Romanae; a communi constantique sententia doctorum* ».

---

(92) Cfr. WERNZ, I, 48.

(93) Cfr. in questo senso D'ANNIBALE, I, 187, in MAROTO, 242. Del resto nel Codice non se ne fa menzione. È invece di parere contrario il prof. DEL GIUDICE, *Privilegio, dispensa ed epicheia nel Cod. di Dir. can.* (1926), ritenendo egli che la « aequitas canonica » è precisamente la « epicheia ». Cfr. recensione in *Rivista int. di scienze sociali*, 1927, p. 330, e il recente nostro articolo *De aequitate in Codice Iuris Canonici*, in « *Periodica* » (Univ. Gregoriana, dicembre 1927, p. 210-224).

(94) La *equity* del giudice inglese non è la *aequitas cerebrina*, ma un complesso di soluzioni già consacrate dalle corti di equità per temperare le regole dell'antica tradizione e viene considerata come parte del *common law*, il quale ogni giudice giura di applicare.

(95) Cfr., p. es., art. 463, 578, 1124, 1652, 1718 Cod. civ., e art. 162 *Legge sulle opere pubbliche*

(96) Cfr., p. es., D'AMBROSIO, *op. cit.*, p. 72 seg., e SCIALOIA, *op. cit.*

(97) Scrive FILOMUSI-GUELFI, p. 96: « Certo che a nome dell'equità non deve essere violata una legge stabilita, ma nell'applicazione della legge vi ha in molti casi una certa latitudine, e l'applicazione benigna, che di essa deve farsi in quei casi, è appunto il risultato dell'influenza dell'equità ».

È fuori dubbio che la scienza, interpretando il Diritto vigente, si dirige all'applicazione, e perciò diventa sua *fonte mediata* e *suppletiva*[98]; la stessa norma poi, con un'applicazione costante, acquista autorità. Di fatto, « per quanto completa si voglia immaginare una legislazione, la vita reale trascende sempre la regola giuridica ed allora sorge la necessità che la scienza supplisca. Così mediante l'attività scientifica si crea una norma giuridica sotto forma di opinione e di dottrina, ma che accanto alla consuetudine ed alla legge entra a far parte del Diritto positivo di un popolo. Un *Diritto scientifico* sviluppato presuppone però un alto grado di sviluppo nell'ordinamento giuridico di un popolo »[99].

Il *Diritto dei giuristi* (scientifico) si manifesta in due forme principali: *teoretica* e *pratica*; lì assumendo tutte quelle forme che la scienza prende nei suoi vari modi di trattazione; qui principalmente nei pareri e nelle sentenze.

Di esse tenendo il dovuto e meritato conto come di fonte mediata e suppletiva (sussidiaria), ma della pratica a preferenza della teoretica, il legislatore le ha imposte all'interprete e al giudice.

Per « *stylus* » e « *praxis* » della Curia romana io credo si debba intendere l'*usus fori* dei dicasteri e tribunali ecclesiastici, il quale poi altro non è che il risultato del diritto scientifico in quanto si rivela nella pratica. Non solo quindi l'*usus* estragiudiziario ma anche il giudiziario (*giurisprudenza*), perchè le motivazioni delle sentenze sono la conseguenza dei canoni della scienza[100]; non solamente però della Curia romana, il quale ha forza in tutto il mondo, ma anche delle Curie diocesane, se si tratta di lacune di norme particolari[101].

Non vedo la ragione per cui il prof. FALCO, p. 105, vorrebbe negare la fondatezza di questa opinione che è poi la più comune fra gl'interpreti: l'equivoco forse è qui, che egli considera i giudici della Curia romana come semplici « interpreti » di Diritto, vincolati perciò dalle disposizioni della prima parte, negando che possano esserne « creatori ». La cosa invece non è così, quando

---

(98) La scuola storica esagerò certamente quando pose il Diritto scientifico come fonte *immediata* e *indipendente*. Cfr. SAVIGNY, §§ 14, 20, 22, 26.

(99) FILOMUSI-GUELFI, p. 93. Prosegue: « Il Diritto romano pone il Diritto dei giuristi come una delle fonti del Diritto sotto la denominazione di *auctoritas prudentum*; il Diritto tedesco la contrassegna col nome di *doctrina*, *communis opinio*; il Diritto francese lo chiama giurisprudenza degli autori; noi lo diciamo comune opinione, dottrina ». È quest'ultima terminologia che il Codice usa.

(100) Ecco perchè si credette opportuno di eliminare dal canone le parole proposte nello schema: « *et a serie uniformi sententiarum iudicialium* », il cui concetto è già incluso nelle fonti precedenti.

(101) Nel Diritto moderno il giudice non è obbligato ai precedenti giudicati, ma il loro valore, specie se la giurisprudenza è costante, non è lieve. Cfr. WALTER *Encycl.*, § 24.

si pensa specialmente che le decisioni delle *Plenarie* di Congregazioni pigliano valore dalla seguente approvazione del Sommo Pontefice [102]. Escludo poi che qui possa trattarsi di *consuetudine*, introdotta per la giurisprudenza [103]. Se questa c'è — perchè l'*auctoritas rerum perpetuo similiter indicatarum* in certi momenti storici può essere la forma di un Diritto consuetudinario — la lacuna non poteva aver luogo, come si è notato indietro.

Se neppure questa fonte darà elementi per colmare la lacuna, allora si faccia ricorso alla forma teoretica del Diritto scientifico: alla *dottrina* dei dottori in materie giuridiche, la quale però deve essere qualificata da questi due requisiti: deve essere *comune* per numero [104] e *costante* per tempo [105]. Solo così una dottrina, se comune e costante, può ritenersi come *giurisprudenza privata* e perciò come fonte mediata e suppletiva di Diritto [106].

Diritto civile vigente.

Un'ultima questione, elegante anch'essa, cade acconcio proporre a questo punto: quale efficacia ha il Diritto degli Stati nell'ordinamento canonico attuale? ossia: il Diritto civile vigente deve oggi aversi come fonte *suppletoria* di Diritto canonico?

Ed ecco quanto penso su tale punto: ammessa la possibilità di *lacune della legislazione* nel senso sopra esposto, specie in materia contrattuale in cui l'applicazione del can. 20 non è possibile, come non è possibile in tutti quei casi non propri dell'ordinamento canonico, al quale solo il can. 20 si riferisce, per colmarle non vi è altro mezzo che il ricorso al Diritto civile vigente, che resta così ancora oggi fonte suppletoria di Diritto canonico.

Molti giuristi si sono occupati dell'efficacia che l'ordinamento canonico conserva oggi nell'ordinamento statuale [107], ma pochi hanno studiato l'altro lato del problema, che è poi quello or ora proposto, a soluzione del quale perciò la letteratura è scarsissima [108].

---

(102) Can. 244, § 2.

(103) Cfr. in questo senso De Meester, n. 277; Vermeersch, n. 99, e Toso, p. 63; in senso contrario Falco, *l. c.*

(104) Basterebbero anche *sei*, ma *gravi* e con *argomenti diretti*, D'Annibale, I, 29.

(105) Cioè non interrotta con forti e gravi argomenti contrari.

(106) Sullo *stylus* e sulla *praxis curiae* cfr. Maroto, n. 343 e 362-367.

(107) Fra i nostri studiosi hanno trattato questo problema il Rufini, il Manenti, lo Schiappoli, il Romano e, più di recente, lo Jemolo e lo Scaduto (in *Arch. Giurid.*, vol. 90 e 92).

(108) Romano, *L'ordinam. giuridico*, p. 158; Id., *Lezioni di Dir. eccl.*2, a cura di N. Jäger, Pisa, 1923, p. 135 seg.; Del Giudice, in *Arch. Giurid.*, vol. 91, p. 4 seg.; Wernz, I, 195; D'Annibale, I 5, 201; Bucceroni, I, 184; Maroto, I, 379 seg.; Prümmer, *Man. iuris eccl.*2, p. 19; Vermeersch-Creusen, I 2, 100.

Io credo che la soluzione dipenda da un'altra questione fondamentale: con la pubblicazione del Codice, la vecchia regola canonistica, che si trae da noto passo di LUCIO III (c. 1, X, V, 32), e cioè che « *quando de aliqua re in legislatione ecclesiastica regula certa et clara deerat, ipsa ex iure civili... accipi deberet* », deve aversi come abrogata o no?

Ritengo senz'altro che no, perchè il can. 20 esaminato, nè *esplicitamente* nè *implicitamente*, mira a sostituire questa regola, e perciò la disposizione luciana deve considerarsi come ancora vigente nell'attuale ordinamento canonico. Il can. 22 è chiaro e non ammette dubbio [109].

Se però il can. 20 non mira ad una tale sostituzione, induce nell'ordinamento stesso disposizioni che stabiliscono una gradazione di fonti delle norme secondo la progressiva loro generalità e la maggiore certezza per il riempimento delle lacune nel suo campo. La questione quindi se il *Diritto vigente* sia oggi fonte suppletiva per colmare le lacune proprie dell'ordinamento giuridico-canonico è stata già risoluta negativamente, col trionfo della sentenza del WERNZ sul D'ANNIBALE: quegli infatti interpretava l'espressione luciana « *ius civile* » per Diritto romano, perchè i Diritti civili vigenti avrebbero rotto l'unità, l'universalità, l'uniformità dell'ordinamento canonico, a completare il quale dopo l'analogia il legislatore impone si faccia ricorso ai *principii generali del Diritto.*

Ma usciti fuori dal campo dell'ordinamento, nelle *lacune di legislazione*, quando nè la legge nè tutti i mezzi suggeriti nel can. 20 han potuto dare o rendere possibile una soluzione, specie perchè i riferimenti del caso concreto si aggirano intorno a materia direttamente o indirettamente canonizzata [110], l'applicazione della regola di LUCIO III ha e *deve* aver luogo.

E il suo senso oggi, dopo il Codice, è chiarissimo, e credo non possa generare dubbio: « *ex iure civili* » significa, come già interpretava il D'ANNIBALE, l'ordinamento laico vigente. Nè osta la loro varietà e multiformità, perchè, come ebbe a rilevare già

---

(109) Dice: « *Lex posterior...* OBROGAT *priori, si id expresse edicat, aut sit illi directe contraria, aut totam de integro ordinet legis prioris materiam* ». In questo canone il verbo *obrogare* è usato genericamente per indicare l'abrogazione esplicita od implicita; ma anche su tale punto la terminologia del Codice oscilla. Lo schema, al can. 22, premetteva nel § 1: « *Lex ecclesiastica vigere desinit per legitimam abrogationem, derogationem, obrogationem* »; l'edizione definitiva le ha soppresse ma dal complesso dei canoni non è possibile desumere la nozione esatta e la differenza fra *abrogatio* e *obrogatio*. Cfr. D'ANGELO, *Jus Digestorum*, I, 266; FALCO, p. 44.

(110) Cfr. DEL GIUDICE, *l. c.*, p. 10 e 18.

il ROMANO[111], per il rinvio formale ai Codici stranieri da parte dei Codici civili, dal Codice canonico « *sine formali canone generali et directo, sufficiens usus legis civilis... sancitur* »[112].

Mi pare dunque indiscutibile che anche oggi il Diritto secolare si debba considerare *fonte suppletoria* del Diritto canonico, sicchè mancando una norma canonica e non potendosi supplire con i mezzi indicati nel can. 20, sia lecito, anzi necessario, anche nel Foro ecclesiastico, il ricorso al Diritto civile vigente[113].

Così le interpretazioni degli illustri Maestri stanno a ricordare due diverse regole le quali non si escludono, ma si completano coesistendo: quella del WERNZ, inclusa nel can. 20, che riguarda le *lacune* e quindi le materie proprie dell'*ordinamento canonico*, secondo la quale nella ricerca dei principii generali di Diritto è lecito il ricorso al *Diritto civile romano*, e quella del D'ANNIBALE, che nella sostanza è contenuta nella vecchia regola luciana, non abrogata dal Codice, la quale riguarda le *lacune della legislazione* o dei suoi richiami nelle materie proprie dell'ordinamento statuale.

CONCLUSIONE.

Da quanto si è venuto esponendo sarà lecito oramai conchiudere:

1) L'attuale ordinamento canonico ammette la possibilità di *lacune giuridiche*, ma ha in sè gli elementi del proprio completamento e cioè la potenzialità di colmarle.

2) Questi elementi ad auto-complemento formano una gradazione di *fonti* di diversa natura, ma progressive e tutte *creatrici* di diritto, dalle quali il giudice non può prescindere in maniera subordinata.

3) È possibile anche il caso di *lacune della legislazione*, ed allora si fa necessario, nel Foro ecclesiastico, il ricorso al Diritto statuale, il quale perciò è anche oggi fonte non solo *naturale*, *esemplare* ed *interpretativa*, ma addirittura *suppletoria* del Diritto canonico.

---

(111) *Op. cit.*, p. 139.
(112) VERMEERSCH, *l. c.*
(113) È contro il MAROTO, ma sono di quest'avviso: DEL GIUDICE, VERMEERSCH e, pare, CHELODI.

POSTILLA

Un recente studio di uno dei più valorosi cultori di scienza canonica viventi, avv. VINCENZO DEL GIUDICE, già Professore di Diritto ecclesiastico nella R. Università di Firenze, oggi di Diritto canonico nella Università Cattolica « S. Cuore » di Milano, mi fu di occasione perchè tornassi a riesaminare la vera natura della *aequitas canonica* di cui nel can. 20, sopra esaminato.

Il lavoro, a titolo *Privilegio, dispensa ed epicheia nel Diritto canonico* (Perugia, 1926), mi parve assai utile, anzi prezioso, non solo per serietà di metodo e chiarezza di esposizione, ma sopratutto per sodezza e sicurezza di dottrina, e non omisi di farne rilevare i pregi in una recensione su *Rivista internazionale di scienze sociali* (marzo-aprile 1927, p. 330), in cui però, non senza timore, umiliavo un dissenso sulla identificazione dell'equità canonica con l'epicheia.

Così mi esprimevo: « Ravvicinare gl'istituti canonistici, per le opportune costruzioni scientifiche, alla tecnica moderna, abbandonando il sistema delle solite compilazioni, le quali nè fanno progredire la scienza, nè recano alla pratica vera utilità, è rinnovamento di metodo da introdursi. Il prof. DEL GIUDICE, già noto per le pregevoli sue pubblicazioni dettate a questo metodo nuovo, dà in questo opuscolo novello saggio di risoluzione del problema costruttivo così concepito.

« E vi riesce assai bene, perchè i concetti di *privilegio, dispensa* ed *epicheia*, pur tanto indeterminati nella dottrina canonistica, vengono avvicinati assai opportunamente alla loro concezione civilistica. Quanto ai risultati, su qualche punto si può anche non convenire con l'illustre professore, e, di fatto, è difficile ammettere, come fa l'autore, la identificazione dell'« equità canonica » con l'« epicheia ». L'esempio però dato dal valoroso professore, dopo gli scritti di egregi studiosi esteri, quali il prof. VAN HOVE e BRYS, di Lovanio, dovrebbe essere imitato dai nostri, da tutti i nostri, per l'onore non solo dei nostri studi, ma anche per lo stesso sviluppo della scienza canonica. La quale ha trovato nel prof. DEL GIUDICE un cultore esimio che ha saputo trarre tanto opportuni rilievi comparativi su istituti di tanta importanza, quali sono specialmente il *privilegio* e la *dispensa* come atti di amministrazione ».

Lessi, di poi, il dissenso condiviso, almeno parzialmente, dal P. CAPPELLO, S. J., in *Summa iuris canonici* (Roma, 1928), I, 89, il quale così si esprime: « Aequitas canonica... fere eadem est ac *epikeia*. Dicimus fere, quia aequitas latius patet, nec semper et necessario refertur ad legem: aliter epikeia ». E poco dopo, quello più esplicito del prof. A. VAN HOVE, dell'Università di Lovanio, il quale nella recensione dell'opuscolo di DEL GIUDICE in *Ephemerides Theologicae Lovanienses* (a. IV, f. 4, oct. 1927, p. 678), scrive: « L'A. croit que le Code de Droit canonique au canon 20 vise l'Epikeia, lorsqu'il parle de l'*aequitas canonica*. Nous pensons, au contraire, avec Mgr S. D'ANGELO... que le Code vise l'*aequitas naturalis*, une application modérée des principes généraux du Droit, adaptée à l'espèce que l'interprète ou le juge doit trancher ».

Volli sottoporre a nuovo esame la questione tanto ardua, sotto un punto di vista più vasto, e scrissi, così, l'articolo *De aequitate in Codice iuris canonici*, apparso in *Periodica* del P. VERMEERSCH S. J. (dicembre 1927, p. 210-224). In esso, ritoccando un po' la sentenza già sostenuta nello studio su riportato, mi parvero accettabili le seguenti conclusioni:

1) nel Codice la voce « aequitas » non è usata in senso univoco;

2) la « *aequitas naturalis* » è elemento subiettivo, correttivo dello *strictum ius*, che concede facoltà creativa al giudice ecclesiastico; come tale in certo modo risponde alla equità nel senso civilistico odierno;

3) la « *aequitas canonica* », per contrario, del can. 20, è specie di equità peculiare: elemento obiettivo, risponde alla nozione di equità giustinianea introdotta a moderare i *rigores iuris*;

4) l'*epikeia* non è istituto giuridico e perciò elemento non legale di cui il Codice non fa affatto menzione. Al più potrà trovare posto quando, procedendo il privato ad interpretazione della norma di legge, vorrà fare ricorso, in forza del can. 18, alla mente del legislatore.

Non presumerò che questi risultati siano definitivi: il dibattito in materia però potrà certamente essere fecondo.

V.

La permuta beneficiaria.(*)

STATO DELLA QUESTIONE.

Non mancano, fra i canonisti dei passati tempi, autori che si siano largamente occupati della permuta beneficiaria[1]; non ne conosciamo invece alcuno fra i civilisti, sebbene l'argomento appartenga di per sè al Diritto misto. Oggi che il Codice ne tratta esplicitamente nel l. III, p. V, tit. XXV, cap. VI (can. 1487-1488) e che, com'era facilmente prevedibile, questo istituto è entrato largamente nella *pratica* come uno dei migliori mezzi per conchiudere lo scabroso negozio delle rimozioni e traslazioni ammi-

(*) Da *Il Diritto Ecclesiastico*, Roma, 1918. Ripubblicato in *Il Monitore Ecclesiastico*, Roma, 1920, in *Ephemerides Theol. Lovanienses*, Lovanio, 1926, e poi in opuscolo separato contenente anche gli altri due articoli che seguiranno sotto i n. VI e VII (pp. 105 seg.).

Al volumetto, a titolo: *Tre importanti questioni di Diritto canonico vigente*, precedeva la seguente « Avvertenza »:

« La importanza delle tre questioni, di cui intendiamo trattare insieme sebbene di indole assai diverse fra loro, trova il punto di incontro nel fondamento per la risoluzione di esse.

« Di fatto, così, la prima di Diritto *penale*, come la seconda di Diritto *procedurale* e la terza, in materia *beneficiaria*, trova il suo addentellato nel *Diritto romano*, quell'insigne « *veteris sapientiae monumentum, quod* RATIO SCRIPTA *est merito nuncupatum* » (BENEDETTO XV, nella Cost. *Providentissima*, Pentecoste 1907, con la quale promulgò il *Codex Juris Canonici*), fonte non indifferente per una retta valutazione degli istituti canonici (cfr. D'ANGELO, *Jus Digestorum*, I, 4); tutte poi si riferiscono ad interpretazione di contenuto, per quanto di passi diversi.

« La prima questione riguarda la *nozione di delitto* in Diritto canonico e tende a stabilire la vera relazione fra i canoni 2222, § 1 e 2195; la seconda si riferisce alla *restitutio in integrum* e tende ad interpretare il can. 1905, § 2, 4, nel suo contenuto estensivo; la terza tratta della *permuta beneficiaria* e vuole ricercarne la natura nel Diritto vigente, desumendola dai can. 1487-1488 ».

Di esse così si esprimeva la *Rivista int. di scienze sociali* (1927, p. 365-366): « Data l'importanza degli argomenti e il modo veramente rigoroso con cui essi sono trattati, questi saggi meritano di essere letti non solo, ma studiati perchè aprono il campo ad ulteriori ricerche da parte degli studiosi. Noi siamo ben lieti di presentare ai nostri lettori questa importante e seria pubblicazione ».

(1) Cfr., p. es., EPON. B., *De beneficialis et triangularis permutationis iure* (Duaci, 1578); DE SENIS F., *De permutationibus beneficiorum* (Colon., 1602); CHOCKIER I., *Tract. de commutationibus beneficiorum* (Romae, 1700).

nistrative[2], ci sembra opportuno, rinfrescando le nozioni date dagli antichi trattatisti, esaminare la vera natura di questo importante negozio giuridico come è nella legge attuale, supplendo anche così, per quanto brevemente, alla lacuna che presenta in questo punto la dottrina civilistica.

Tutta la questione, dunque, si aggira intorno a questo punto preciso: nella disciplina del Codice la permuta beneficiaria ha conservato l'antico suo carattere di rinunzia scambievole o reciproca, come si vuole comunemente[3], ovvero ha preso nuova veste giuridica, come a noi pare? — È una questione, questa, che ha i suoi riferimenti, e gravi, con le legislazioni civili in materia ecclesiastica.

Sede della trattazione.

Questa materia negli antichi Codici ecclesiastici era trattata sotto il titolo generico « *De rerum permutatione* »[4], dove si esponevano le norme regolatrici del contratto di permuta, e gli antichi trattatisti, seguaci scrupolosissimi dell'ordine legale, non si discostavano dal medesimo sistema[5].

Solo recentemente, quando nelle scuole, specialmente di Roma, subentrò lo studio del Diritto canonico con metodo logico e scientifico, la permuta beneficiaria trovò una sede separata nel proprio luogo[6]. Il Codice poi, come si è notato, ne fa parte di un apposito titolo e ne espone le regole nei canoni 1487-1488.

A ragione i moderni ed il Codice hanno assegnato un tale posto speciale a questo negozio giuridico, perchè esso si discosta di molto dalla natura della permuta vera e propria, della stessa non conservando che solo il nome ma in senso assai lato.

Natura della permuta.

Nel *Diritto romano* la permuta è un negozio *do ut des*[7], pel quale alcuno si obbliga a trasferire una cosa o anche un diritto diverso dalla proprietà per avere già ricevuto una consimile prestazione d'altro oggetto.

---

(2) Can. 2154; 2162-2167.

(3) Cfr., p. es., Wernz-Vidal, II, 333 seg.; Blat, *Comment.*, III, 395; Vermeersch-Creusen, *Epit.*, II, 811.

(4) Tit. 19, X, lib. III (desunto dal Digesto, XIX, 4), c. 5, 7, 8.

(5) Cfr., p. es., fra' più moderni, Santi-Leitner, *Praelectiones* 4, III, p. 183.

(6) Cfr. Sebastianelli, *Praelectiones* 2, n. 314 seg. Il Padre Wernz, *Ius decretalium*, tratta della permuta in genere nel tomo III, 265, della permuta beneficiaria nel tomo II, 501 seg.

(7) È uno dei quattro contratti innominati i quali, per via di interpolazioni nel D. 19, 5, 5, dai Bizantini hanno meritato una designazione scolastica fra gli

S'intende che anche la permuta, nel più largo senso, è causa generica di acquisto e serba nel linguaggio ordinario il nome di permuta, sia che lo scambio reciproco degli oggetti segua immediatamente dall'una e dall'altra parte, sia che l'una di esse o entrambe ne assumano soltanto l'obbligo. Nella prima forma la permuta è naturalmente riconosciuta sin dalle origini: essa è un *negozio reale*, non già un contratto[8] obbligatorio; è, in una parola, una *iusta causa traditionis, usucapionis*[9]. Nella seconda forma, invece, la permuta è *contratto obbligatorio* innominato, riconosciuto in tempi storici e non da tutti i giureconsulti[10]. Anche in questo caso però essa è obbligazione reale, nel senso che *re fit obligatio*, secondo l'espressione gaiana[11]. Si noti infine che la permuta, in figura di contratto bilaterale, senza uso di forme, non è punto riconosciuto nel Diritto giustinianeo, essendo allora necessariamente unilaterale.

Nei Codici vigenti la disciplina varia secondo le nazioni[12]; per quanto riguarda l'Italia[13], la *permuta*, a differenza della vendita, consiste nello scambio di *cosa* con *cosa*; però, al pari della vendita, è un contratto *consensuale*, che si perfeziona anche prima della tradizione delle cose permutate; che anzi, per la grande analogia che corre fra i due istituti, sono in generale applicabili alla permuta le regole stabilite per la vendita.

Il Diritto canonico, in genere, ha accettato tutto quanto è disposto dai Diritti civili pei contratti (can. 1529); ma la permuta beneficiaria va retta dalle leggi civili vigenti, ovvero da speciali disposizioni canoniche? Deve ritenersi come una specie del contratto generale di permuta, ovvero se ne allontana?

Permuta beneficiaria.

Che la permuta dei beneficii debba essere regolata dal Diritto canonico e non dalle vigenti leggi dello Stato, chiaro apparisce dalla limitazione del citato can. 1529, dal momento che in altro luogo (can. 1487-1488) si fa esplicita menzione di essa; che poi si allontani totalmente dalla natura di un contratto qualunque di

---

antichi quattro contratti reali. Cfr. Ferrini, *Manuale di Pandette* 3, n. 541; Bonfante, *Istit. di Dir. rom.*8, § 166.

(8) Per il significato de la parola *contractus*, cfr. Ferrini, *op. cit.*, 519; Bonfante, *op. cit.*, § 127; Pernice, *Parerga*, III, p. 219; Perozzi, *Obbl. rom.*, p. 31.

(9) Cfr. Bonfante, *op. cit.*, § 167.

(10) Persino Paolo concedeva un'*actio in factum*. Cfr. Bonfante, *l. c.*

(11) III, § 89.

(12) Cfr. Cod. spagn., art. 1538-1541; port. 1594; germ., § 515; austr. 1405 seg.

(13) Cod. civ., art. 1549-1555. Cfr. Cod. franc., 1702 seg.; Gianturco, *Istituto di Dir. civ. ital.*, § 76, p. 226.

permuta è insegnamento comune fra' dottori[14]. Basti fra tutti ricordare l'insegnamento del WERNZ[15]: « *Permutatio officiorum ecclesiasticorum* quae sensu *stricto contractus permutationis non est*... »; e più chiaramente lo ZECH[16]: « Permutatio beneficiorum ecclesiasticorum *non habet rationem proprie dictae permutationis*, cum neuter ex beneficiatis habeat potestatem transferendi beneficium suum in alterum, sed potius personae, resignantes sua beneficia, transferuntur eiusdem Episcopi auctoritate ab uno ad alterum beneficium; non tamen potest Episcopus beneficia ex causa permutationis resignata aliis conferre quam permutare volentibus. Conventio autem beneficiatorum consistit tantum in hoc, quod *velint consentire* in translationem ab Episcopo faciendam ».

Prima della pubblicazione del Codice tutti gli Autori convenivano nel ritenere che la permuta beneficiaria fosse una resignazione[17] scambievole, sotto condizione che l'uno ottenesse il beneficio dell'altro, e viceversa; e questo unanime insegnamento[18] trovava la sua ragione nello stile di Curia[19]. Sicchè poteva ritenersi come la più vera la definizione che della permuta dava il WERNZ[20]: « *Resignatio mutua officiorum ecclesiasticorum ex conditionata pactione duorum beneficiatorum facta ut alter alterius resignantis officium consequatur* ».

Oggi però sembra che la permuta abbia una forma tutta sua speciale che si discosta da una vera e propria resignazione reciproca[21], non essendo neppure d'accordo gli Autori antichi sulla natura della condizione aggiunta a tale resignazione, alcuni dicendola sospensiva, altri risolutiva, altri infine semplice modalità, aggiunta alla rinunzia pura e semplice[22].

EVOLUZIONE STORICA.

Nei primi secoli non si parlò di permuta beneficiaria: la pratica di essa rimonta certamente all'epoca non troppo remota, quando i veri benefici ecclesiastici vennero congiunti agli offici[23].

---

(14) Cfr. SCHMALZGRUEBER, l. III, tit. 19, n. 45, 63, 64.

(15) *Op. cit.*, II, 501, II. Cfr. anche SEBASTIANELLI, *l. c.*

(16) *De iure rerum eccl.*, sect. IV, § 311.

(17) Quanto al significato preciso delle parole *resignatio*, *renuntiatio*, *dimissio*, cfr. WERNZ, *l. c.*, n. 493, nota 3.

(18) PIRHING, *h. tit.*, n. 13; WERNZ, *l. c.*; OIETTI, *Sinopsis rer. mor. et iuris pont.*, v. *Permut. ben.*; FERRARIS, v. *Resignatio*, 57; SEBASTIANELLI, *l. c.*, e tutti, contro il SAEGMUELLER e HINSCHIUS, ricordati dal WERNZ, *l. c.*, nota 9.

(19) Reg. Canc. Ap., 19, 40

(20) *Loco cit.*

(21) Della *rinunzia* nel nuovo Codice si parla nei can. 184 seg.; della *dimissione*, invece, nei can. 1484-1486, ai quali fanno subito seguito le disposizioni sulla permuta.

(22) Cfr. WERNZ, *l. c.*, n. 504, nota 25.

(23) Cfr. WERNZ, *l. c.*, 501, IV.

In origine aveva luogo per patti privati, per cui si ebbero ben presto a deplorare abusi di ogni genere[24], ad eliminare i quali ALESSANDRO III[25], per primo, e poi altri R. Pontefici[26] diedero severe disposizioni, proibendo le permute arbitrarie, fatte cioè per privato volere, ed ordinando che per la loro validità occorresse una giusta causa, riconosciuta dal Vescovo[27].

Gli abusi però neppure allora finirono del tutto: di qui il bisogno di nuove leggi regolatrici e di nuove pene, quali, ad esempio, la estensione di quelle contro i simoniaci anche ai permutanti per simonia[28] e di quelle emanate da S. PIO V[29] contro i resignanti anche ai permutanti fraudolenti o in mala fede. GREGORIO XIII[30] ordina che la permuta, come ogni resignazione, venga pubblicata a norma di diritto e BENEDETTO XIV[31] conferma tale disposizione, aggiungendovi anche altro per rendere più difficili gli abusi[32].

Il nuovo Codice conferma su per giù l'antica disciplina, solo non richiede affatto la pubblicazione della permuta, per la validità della quale bastano le condizioni che si esamineranno.

VARIE SPECIE.

E dapprima si abbia presente che l'unica specie di permuta ammessa oggi è quella semplice o *bilaterale*: il Codice, di fatto, dice nel can. 1487, § 1: « Permutatio duorum beneficiorum etc. », il che vuol dire che la permuta triangolare anche oggi è, in via generale, riprovata come nell'antico Diritto[33] il quale proibiva anche quella così detta *reciproca*, a favore cioè di parenti o propinqui[34]. Nel can. 1488, § 2, poi il dispositivo è chiaro: « Permutatio fieri nequit inter plures quam duos beneficiarios ».

REQUISITI.

Le condizioni oggi richieste per la validità della permuta possono ridursi a cinque: 1) causa giusta; 2) soggetti capaci; 3) inter-

---

(24) Cfr. c. 9 Conc. Nemaus. (a. 1095).
(25) C. 1, Conc. Turon. (a. 1163). Cfr. c. 8, X, III, 5.
(26) URBANO III (a. 1185-1187) e INN. III (a. 1198 e 1203). Cfr. c. 5, 7, 8, X, III, 19.
(27) C. un. III, 19, in-6°; in *Clem.*, 5, III, 5. Cfr. SCHMALZGRUEBER, *l. c.*, 79.
(28) PAOLO II (a. 1464). Cfr. c. 2, V, 1, in *Extr. com.*; c. 7, X, III, 9; SCHMALZGRUEBER, *l. c.*, n. 43.
(29) Cost. *Quanta Eccl.*, 1° aprile 1568. Cfr. BEN. XIV, *De syn.*, XIII, 24, 8 seg.
(30) Cost. *Humano vix iudicio*, 5 ian. 1584.
(31) Cost. *Ecclesiastica*, 25 iun. 1746.
(32) WERNZ, *l. c.*, 501, IX; 512.
(33) Cfr. WERNZ, *l. c.*, 501, III; SEBASTIANELLI, *l. c.*, 315.
(34) Conc. Trid., sess. XXV, *De Ref.*, c. 15.

vento degli interessati e del superiore; 4) oggetto adatto; 5) forma. E che queste si richiedano *ad validitatem* si desume dall'espressione del can. 1487 che dice: « Permutatio... fieri *valide* nequit, *nisi*, etc. ».

a) Causa giusta. — Che questa causa realmente esista non solo ma che venga allegata dalle parti ed esaminata ed approvata dal superiore è cosa ammessa da tutti gli Autori, dopo l'autorità di S. Pio V, nella bolla citata[35]. Il Codice, seguendo le antiche fonti, parla di necessità ed utilità della Chiesa, non escludendo altre cause giuste; eccone le precise espressioni: « ... propter Ecclesiae necessitatem vel utilitatem aliave iusta de causa ». Basta la *necessità* anche di una sola delle chiese beneficiarie da permutarsi per la validità dell'atto, e ciò per insegnamento unanime dei dottori. I quali, al contrario, si dividono in due schiere, trattandosi di *utilità*: in questo caso alcuni — sono però più pochi e meno gravi — vogliono che si tratti di utilità dell'una e dell'altra chiesa, altri, invece, i più e più gravi, quali il Garcia, il Leurenio, il Ventriglia, il Lacroix, ecc., più logicamente sostengono poter bastare la utilità di una sola di esse[36].

La espressione « *aliave iusta de causa* » non esclude che la utilità degli stessi permutanti possa essere sufficiente per una valida permuta; occorre però sempre che essa ridondi, almeno indirettamente, al bene della chiesa[37].

Queste cause possono essere moltissime e S. Pio V[38] le enumera parlando di rinunzie beneficiarie: gli Autori d'accordo le riconoscono come sufficienti per ammettersi la permuta[39]. Com'è chiaro poi deve esulare ogni patto o idea simoniaca disponendo il can. 1488, § 1: « Si beneficia permutanda inaequalia sint, *nequeunt compensari* reservatione fructuum aut praestatione pecuniae rei pretio aestimabilis »[40].

b) Soggetti capaci. — La capacità si deve avere non solo a poter lasciare il proprio beneficio, ma anche a poter ottenere il nuovo. È evidentissimo.

---

(35) Cfr. Wernz, *l. c.*, 509.
(36) Ferraris, *l. c.*, n. 59.
(37) Cfr. Wernz, *l. c.*
(38) *Cost. cit.*, § 3. Cfr. Ferraris, *l. c.*, 31.
(39) La Glossa, al c. 10, *De renunc.*, restringe in questi due versi le cause canoniche per la valida rinunzia: « *Debilis, ignarus, male conscius, irregularis. — Quem mala plebs odit, dans scandala cedere potest* ». Queste, « *servatis servandis* », possono essere di guida nei casi speciali per conoscere la giustizia della causa di permuta.
(40) Qualche Concilio provinciale anzi esige persino un giuramento che non abbiano avuto luogo tali patti simoniaci. Cfr., p. es., il Conc. prov. Neogranat. (a. 1868). Cfr. anche Sebastianelli, *l. c.*, 314; Wernz, *l. c.*, 507.

E dapprima occorre che i permutanti abbiano un diritto pieno nel beneficio, ancorchè non ne abbiano ancora ottenuto il possesso; che se tale diritto non si abbia, la permuta è nulla, pur se sia interceduto il consenso del superiore, il quale lo ha dato *non absolute*, ma *causa permutationis*[41]. Si richiede inoltre che con la permuta il beneficiato non produca detrimento, come potrebbe avvenire nei beneficii uniti a qualche ente, perciò la clausola del can. 1487, § 1: *Sine aliorum detrimento.*

Infine nei permutanti si devono avere tutte le qualità richieste dalle leggi generali o particolari per ottenere i nuovi beneficii.

c) *Intervento del superiore.* — Prima del consenso del superiore per la citata clausola occorre l'intervento di tutte le persone che dalla permuta possono soffrire un qualche pregiudizio; perciò gli Autori, d'accordo, vi richiedevano il consenso di quanti godessero sul beneficio da permutare il diritto di elezione, di presentazione o di collazione[42]. Il Codice dispone: « De consensu patroni, si agatur de beneficio iuris patronatus ».

La necessità poi del consenso del superiore apparisce chiara se si considera che la permuta importa sempre, almeno indirettamente, un atto collativo, ed è risaputo il principio che gli offici ecclesiastici non possono ottenersi senza la provista canonica da parte della legittima autorità (can. 147).

Questo superiore poi, che è chiamato ad esaminare la causa della permuta e ad accettarla, è l'Ordinario del luogo[43], esclusi il vicario generale che non ne abbia il mandato speciale, ed il vicario capitolare[44]. Senza tale intervento ogni precedente patto fra i beneficiati sarà nullo e nell'antico Diritto i permutanti, in pena, perdevano i loro beneficii[45].

Sebbene quindi la permuta si inizi a mo' di libero contratto fra le parti, senza dolo, forza o simonia, essa comincerà ad avere i suoi effetti dal momento in cui il superiore legittimo avrà dato il suo consenso. Egli anzi è chiamato a darlo o negarlo fra il tempo utile di un mese e non oltre[46], trascorso il quale termine l'affare si devolve alla S. Sede[47].

---

(41) Cfr. WERNZ, *l. c.*, 502.
(42) WERNZ, *l. c.*, 511.
(43) Cfr. can. 198. L'Ordinario è quello del luogo dove trovasi il beneficio, e perciò se i beneficii appartengono a due diversi Ordinari, occorre l'intervento dell'uno e dell'altro. Cfr. WERNZ, *l. c.*, 509; SEBASTIANELLI, *l. c.*, 315.
(44) Can. 1487, § 1. Cfr. WERNZ, *l. c.*, 506.
(45) FERRARIS, *l. c.*, 61-63; OIETTI, *l. c.*, 2124.
(46) Can. 1487, § 2. Cfr. GREG. XIII, *Cost. cit.*
(47) S. C. C. 6 aug. 1881; 18 mart. 1882. Cfr. *Monitore eccl.*, III, I, 129; OIETTI, *l. c.*

d) Oggetto. — Oggetto della permuta beneficiaria possono essere ordinariamente tutti e soli gli offici e beneficii ecclesiastici veri e propri [48] sui quali [49] i permutanti, come s'è notato, abbiano un diritto quesito, sia o non sia ancora avvenuta la reale immissione in possesso, siano quelli titolati o solo commendati o anche manuali, siano anche due, purchè compatibili, da permutarsi con uno solo. Degno di nota è l'insegnamento del WERNZ [50]: « Iura... permutationem officiorum sine distinctione permittunt; ergo neque nos debemus distinguere, neque ullum excludendum est officium, nisi speciali prohibitione reperiatur exceptum ». Il nuovissimo Diritto esclude i soli beneficii riservati alla S. Sede, quando anche uno solo dei due sia tale [51]. E se gli Autori escludono altri beneficii, ciò fanno per le speciali condizioni in cui si trovano i permutanti o i beneficii stessi; così, p. es., essi escludono i beneficii elettivi o patronati, i litigiosi, gli uniti, gli *expectata*, gli *amissa* in qualunque maniera, ecc. [52].

e) Forma. — Il Codice, per le formalità della permuta, dà le medesime disposizioni che per la rinunzia [53], di cui al can. 186: « ...ut valida sit, fieri debet... aut oretenus coram duobus testibus aut etiam per procuratorem speciali mandato munitum, et scriptum... documentum in curia deponatur ». Trattandosi di un negozio bilaterale è chiaro come tale forma vada osservata dall'uno e dall'altro permutante, insieme o distintamente. Oltre di questo null'altro è oggi richiesto di essenza: quindi non pubblicazione fra tempo stabilito, nè obbligo di possesso fra un determinato termine come nell'antico Diritto, sebbene una contraria consuetudine avesse già reso meno rigorose tali disposizioni [54].

EFFETTI.

Osservate le dette formalità e intervenuto il consenso del legittimo superiore, la permuta è già fatta e produce i suoi effetti giuridici. Il Codice così si esprime: « Permutatio valet a momento consensus ab Ordinario praestiti » (can. 1487, § 2).

---

(48) Non potrebbe quindi avvenire la permuta fra beneficio e pensione: C. 27, III, 4, in-6°; REIFF., cit. da OIETTI, *l. c.*

(49) Non si ammette la permuta di un beneficio in cui si abbia solo un *ius ad rem*. Cfr. WERNZ, *l. c.*, 507, nota 34, dietro l'autorità del RIGANTI e dello SCHMALZGRUEBER.

(50) *Loco cit.*

(51) Can. 1487, § 3. Oggi non vige più la riserva dei mesi; nell'antico Diritto, però, i Vescovi potevano ammettere la permuta anche nei mesi papali. FERRARIS, *l. c.*, 71.

(52) WERNZ, *l. c.*, 508; SEBASTIANELLI, *l. c.*, 314.

(53) Can. 1487, § 1

(54) Cfr. REIFF., citato da WERNZ, *l. c.*, 512, nota 57.

Già prima di tale consenso le parti sono tenute, se sono d'accordo a permutare i loro beneficii ed hanno iniziate le relative pratiche scambievoli, ad aspettare l'esito da parte del Vescovo. Ogni arbitraria revoca sarebbe colpevole certamente, perchè essi hanno conchiuso un contratto condizionato, ed hanno l'obbligo di attendere il verificarsi o meno della condizione, la ratifica cioè o meno dell'Autorità ecclesiastica [55].

Avvenuto il consenso del superiore, il negozio della permuta diventa già conchiuso e perciò in ciascuno dei permutanti nasce l'obbligo di porre tutti quegli atti necessari perchè esso abbia il suo effetto finale.

Nell'antico Diritto, quindi, occorreva una reciproca rinunzia sotto l'esplicita condizione di ottenere l'uno il beneficio dell'altro, e viceversa, a scopo di permuta: solo dopo l'accettazione di tale resignazione scambievole il Vescovo poteva conferire i beneficii rimasti vacanti, sicchè soltanto dopo simile collazione ciascuno dei resignanti perdeva il titolo o diritto sull'antico beneficio da esso prima posseduto [56]. Era logico quindi ritenere col WERNZ [57] che se uno dei permutanti, prima di conseguire definitivamente il titolo del beneficio rinunziato dall'altro, si pentisse del passo dato, la parte diligente, e cioè il fedele alla permuta, avrebbe potuto ritenere il suo antico beneficio senza bisogno di nuova e formale collazione.

Secondo la disciplina del Codice, invece, la cosa sembra che vari e che l'effetto della permuta, il quale è passaggio dei permutanti dall'uno all'altro beneficio, si verifichi senz'altro dal primo momento del prestato consenso da parte dell'Ordinario diocesano. Lo desumiamo dalla su riportata clausola: « permutatio valet a momento consensus ab Ordinario praestiti », la quale per se stessa è chiara, quando si considera che nello spirito delle nuove leggi la *permutatio*, pur conservandone il nome, si discosta dall'antico concetto di questo contratto non solo, ma si allontana puranco dalla natura di una rinunzia, sia pure condizionata, come si riteneva per lo passato. Se così non fosse, il legislatore, nel can. 1486, l'avrebbe classificata sotto la categoria di una *dimissio sub conditione*: della permuta invece parla appositamente, denominandone anche il titolo con un *et* disgiuntivo: *De dimissione* ET *permutatione beneficiorum.*

La permuta, adunque, non è una dimissione o rinunzia, bensì un negozio *sui generis*, che si perfeziona con il consenso del superiore, il quale è giusto venga dato in inscritto: concesso

---

(55) WERNZ, *l. c.*, 513.
(56) WERNZ, *l. c.*, 514, 515.
(57) *Loco cit.*, 509. Teneva però il contrario PIRHING ed altri. Cfr. ID., nota 46.

questo, dopo essersi osservate tutte le condizioni esaminate, non giova più pentirsi. È il consenso del superiore che implica la mutua collazione dei beneficii [58] con gli effetti retroattivi *nunc pro tunc*, siccome si verifica nella dispensa in radice trattandosi di matrimonio, nè occorre altro atto da parte del Vescovo.

Consequentemente nella permuta non si ha *vera vacanza* di beneficii, nè osta il principio che per la collazione occorre la vacanza almeno *de iure* [59]. Non si tratterebbe, nel fatto, di nuova collazione, ma, per dir così, di un prolungamento dell'antica in persona diversa, avverrebbe come — *sit venia verbo* — un travaso contemporaneo ed una successione simultanea reciproca *inter vilos* fra due permutanti, di natura identica a quella *mortis causa*, sicchè l'uno e l'altro farebbero contemporaneamente e scambievolmente le parti di *de cuius* e di *erede*: reciproca « subingressio in locum alterius ». Tizio e Caio, parroci, si presentano al Vescovo per la permuta dei loro beneficii: costui, esaminato tutto, la trova necessaria o certo utile al bene della Chiesa e presta il suo consenso. *Eo ipso* avviene un TRASBORDO GIURIDICO non senza considerevoli effetti: Tizio è riconosciuto e diventa realmente un continuatore della stessa persona di Caio, con tutti i diritti e doveri annessi al suo beneficio [60]; Caio, a sua volta, diventa un continuatore del medesimo Tizio; Tizio, in una parola, conseguirebbe i diritti come di eredità, *congrua congruis referendo*, sul beneficio permutato da Caio, e Caio su quello permutato da Tizio.

Non vera vacanza perciò, nè vera collazione, si verifica nella permuta, ma un negozio giuridico di suo genere con *effetti specialissimi* ed *importantissimi*. Un pentimento quindi da parte di uno dei permutanti, dopo il consenso del superiore, importerebbe sempre il conseguimento del nuovo beneficio da parte dell'altro, rimasto fedele, mentre chi si pente non dovrebbe che rinunziare al nuovo beneficio ottenuto per la permuta già perfetta nel suo essere e che ha già conseguito il suo effetto.

Il Vescovo perciò, accettata la *permutatio*, non ha da aggiungere altro: consacra tutto nella Bolla che sarà unica o almeno identica per l'uno e l'altro dei permutanti, perchè, a norma di Diritto generale o particolare (can. 1444), ciascuno pigli possesso.

---

(58) Del resto non mancano Autori, ed anche gravi, quali il GONZALES, il LOTTERIO, ecc., i quali ammettono tale cosa. Cfr. WERNZ, *l. c.*, 504, nota 26.

(59) Can. 150-151. Cfr. SEBASTIANELLI, *l. c.*, n. 237.

(60) Se perciò sul beneficio di Caio grava una pensione, accettata da lui, Tizio, se la conosceva, è tenuto a rispettarla, avvenuta la permuta. Andrà forse regolata con lo stesso criterio anche la precedenza, trattandosi di canonici permutanti? Cfr. intanto il can. 106.

CONCLUSIONE.

Questa nostra opinione, difesa innanzi alle Autorità civili d'Italia per gli effetti fiscali, trovò la sua approvazione [61] e, accennata su varie Riviste, venne senz'altro accettata da trattatisti di *Diritto ecclesiastico*, quale il prof. BADII [62] e COLOMBINI [63].

I Canonisti ad interpreti del Codice però, attenendosi alle antiche teorie, con quanta fondatezza non sapremmo davvero, sorvolano sull'esame intimo della vera nozione di permuta quale l'ammette il Codice [64].

Vorremmo che l'utilità di questa questione spinga molti altri ad esaminarla, vagliarla e discuterla in tutti i sensi per lo sviluppo non del solo negozio, ma della scienza canonica [65].

---

(61) Cfr., p. es., concessione *R. Placet*, 24 febbraio 1919.

(62) *Il Diritto ecclesiastico italiano*, n. 138.

(63) *Nozioni pratiche di Diritto ecclesiastico*, I, 101. [Cfr. anche STOCCHIERO, *Il Codice del clero*, n. 850].

(64) Siamo lieti di rilevare, a conforto della tesi da noi sostenuta, due *consensi* di grande valore.

Il primo: quello della nota *Rivista internazionale di scienze sociali*, di Monsignor TALAMO, nel n. III-IV di questa nuova serie, iniziata — come si sa — col 1° gennaio 1927 sotto gli aspici di *Vita e Pensiero* di Milano (marzo-aprile 1927, p. 326).

Il secondo: l'accettazione di essa da parte dei Padri VERMEERSCH-CREUSEN, nella 3ª edizione della loro *Epitome*, II, n. 810-811, p. 696-697.

(65) Piace, a compimento della esposizione, riportare anche quanto scrivevamo sia in D. E. sia in M. E.: « Avvenuta presso l'Autorità ecclesiastica una permuta beneficiaria, quale trattamento godrà nei diritti civili?

« Gioverà innanzi tutto ricordare i principii generali ammessi dalla Giurisprudenza e dagli Autori per poi dedurne logicamente le conseguenze.

« Il Diritto canonico, in tutte le sue parti, costituisce un sistema organico di diritto [1], ed ha efficacia legislativa, vera funzione legislativa, almeno complementare e suppletiva [2]. La dottrina anzi riconosce, su diverse basi sì ma quasi ad unanimità [3], tale funzione anche nelle nuove leggi ecclesiastiche.

« La sfera perciò dei rapporti giuridici che non si interpretano e non si regolano se non con l'aiuto del Diritto canonico è estesissima. Per non esorbitare dalla materia, in tutto il Codice italiano, per esempio, non si trova un solo articolo che parli del *beneficio*; il Diritto canonico quindi è la legge da osservarsi per tutte le controversie nascenti dalla materia beneficiaria.

« Ciò premesso, qual è l'obbligo dello Stato, domandandosi un *Exequatur* o un *Placet*? Non altro, a noi pare, dovrebbe essere che quello di accertare, in con-

[1] Cfr. RUFFINI, *Riv. di Dir. eccl.*, in *Riv. di Dir. pubbl.*, 1909, I, 165-166.

[2] Art. 48, *Disposizioni transitorie*. Cfr. SAREDO, *Trattato delle leggi*, § 159, p. 209; GIORGI, *La dottrina delle pers. giurid., corpi morali*, vol. VI, 5-7; Cassazione Torino, 30 dicembre 1892, in *Riv. Dir. eccl.*, III, 545, e la unanime giurisprudenza riportata dal BAROLI, *Sul diritto spettante al parroco per la conserv. delle chiese all'eserc. del culto*, ivi, 1905, XV, 4-5. Contro la sentenza Cassazione di Torino, 1° settembre 1910, che non ammise ricorso per violazione di norme canoniche cfr. SANTACHIARA, *Violazione di leggi can. e ricorso per cass.*, in *Rassegna di Dir. eccl.*, 1911, disp. IV-V.

[3] RUFFINI, SCHIAPPOLI, SIMONCELLI, cit. da SANTACHIARA, *La nuova legislazione can.*, in *La cultura contemporanea*, 1911, ottobre.

formità *delle leggi canoniche*, la regolarità della nomina al beneficio. Voler andare oltre e discutere sarebbe un voler esorbitare dai propri diritti. I chiamati al riconoscimento non devono, non possono entrare in futili discussioni, essendo essi non già legislatori, ma esecutori di leggi: queste riconoscono come valide tutte le provviste beneficiarie che sono tali secondo le norme canoniche, ed essi, chiamati solo per l'accertamento di questo (del che la prova ineluttabile è la Bolla che si acclude alla domanda), non devono che eseguire i dettami delle leggi e concedere senz'altro la placitazione, senza punto pretendere di mutare la natura del legale provvedimento canonico.

« Orbene, fra' modi di regolare collazione di beneficii, il Diritto canonico enumera la permuta beneficiaria, la quale si allontana dalla permuta contrattuale ed anche, come si è visto, dalla natura di una scambievole rinunzia. Ne segue che le leggi civili non rigettano, debbono anzi riconoscere questo negozio giuridico-canonico di suo genere.

« E da tale riconoscimento nascono degli effetti degni di considerazione, specialmente di *indole fiscale*. Poichè la permuta implica la continuità, neppure in Diritto civile si può parlare di trascorrimento di termini per il possesso nè di amministrazione interinale da parte dello Stato, nè tampoco di pagamento di successione.

« Per quanto si riferisce all'Italia abbiamo interpellato in proposito un valoroso amico, Ispettore delle tasse su gli affari, dal quale abbiamo avuto autorevole conferma di quanto abbiamo asserito. Riferiamo le sue precise parole: « La *permuta* fra due beneficiati, legalmente investiti, non è contemplata agli effetti della tassa di Registro per il passaggio di usufrutto. Ritengo che la *permuta beneficiaria* sia un provvedimento tutto amministrativo ecclesiastico, che la legge fiscale non segue nell'applicazione delle tasse. Per il *trasloco* invece non è così, poichè la legge [4] contempla tale caso, del tutto differente... ». Questa tesi, infine è confortata da importantissimi precedenti posti dalla R. Procura di Napoli [5] ».

[4] Sentenza Cassazione Roma, 18 luglio 1878 (*Boll. Dem.*, 1878, normale 159, pag. 837 seg.); sentenza Tribunale Vigevano, 13 marzo 1871 (*Boll. Dem.*, 1880, normale 173, pag. 747 seg.), in cui si parla di riduzione di tassa se il trasloco avviene nei primi quattro mesi fra una successione ed un'altra. Nessuno vi è però che non veda quale enorme differenza passi fra il caso di permuta e quello di trasloco, in cui si suppone la vacanza.

[5] Il Procuratore Generale del Re presso la Corte di Appello di Napoli placitò regolarmente le Bolle con cui il Vescovo di Sessa Aurunca (Napoli) accettò la permuta dei parroci di Carano e di Cupa (7 agosto 1913, reg. XXII, n. 280-281) e poi (24 febbraio 1919) quella di un canonico della Cattedrale col parroco di Falciano Capo di Carinola. Sappiamo che anche altrove la tesi venne accettata con l'applicazione; p. es., a Casalmonferrato fra il canonico teologo e un parroco.

VI.

Nozione di delitto nel "Codex Juris Canonici„.(*)

STATO DELLA QUESTIONE.

La questione non è di nomenclatura nè di interpretazione estensiva, ma di sostanza.

Tutti, di fatto, riconoscono che le voci *delictum* e *crimen* sono usate nel Codice promiscuamente, e che *crimen* non ha significato tecnico neppure nella rubrica del tit. XV « *De crimine falsi* » (cfr. can. 2360, § 2 e 2362). Ed in questo la disciplina canonica concorda con la romana, almeno primeva, in cui le voci *scelus, fraus, maleficium, flagitium, peccatum, probrum, delictum, crimen,* indicavano indifferentemente il *reato* senz'alcuna designazione specifica, usandosi or l'una or l'altra solo per dare varietà al discorso e per evitare frequenti ripetizioni[1]. È parimenti da tutti riconosciuto l'uso, in senso meno stretto, della voce *delictum* nel can. 656, come giustamente fa notare il VERMEERSCH-CREUSEN, *Epitome I. C.*[2], III, 383.

In vista della speciale organizzazione, monarchica e gerarchica insieme, della Chiesa e del suo fine di guidare a salvezza non solo la collettività, ma anche i singoli sudditi, deve riconoscersi giustissima la potestà nei legittimi Superiori ecclesiastici di emettere così leggi penali come anche *precetti giurisdizionali*, con annessa sanzione penale (can. 2220, § 1, e 2195, § 2). Ecco perchè nel Foro ecclesiastico la nozione di delitto viene integrata dalla equiparazione della legge penale con il precetto penale.

(*) Da *Ephemerides Theol. Lovanienses*, Lovanio, 1926. Vedi nota al n. V. Riproduce, ampliato però, l'articolo *Retroattività della legge in materia penale ecclesiastica*, pubbl. in *Il Dir. eccl.*, Roma, 1922.

(1) Cfr. FERRINI, *Diritto romano penale*. Per lo sviluppo posteriore cfr.: COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*; ALBERTARIO, *Delictum e crimen nel Diritto romano*.

Il contenuto della questione sostanziale è dato dai can. 2195 e 2222, § 1, che sembrano essere in contraddizione.

Giova averli sott'occhio, ridurli a formule tangibili e procedere alla loro retta interpretazione.

Can. 2195, § 1: « *Nomine delicti, jure ecclesiastico intelligitur externa et moraliter imputabilis legis violatio cui addita sit sanctio canonica saltem indeterminata* ».

§ 2: « *Nisi ex adiunctis aliud appareat, quae dicuntur de delictis, applicantur etiam violationibus praecepti cui poenalis sanctio adnexa est* ».

Se dunque sotto il nome di violazione esterna intendiamo il *danno* (elemento materiale) che possiamo esprimere con la sigla d^a, sotto il nome di imputabilità il *dolo* (elemento formale) con la sigla d^o, ed esprimiamo con la sigla $(l + s)$ l'elemento legale *legge* (penale) cui è equiparato il precetto (penale), si ha la seguente formula: il delitto, cioè D, è uguale a d^a, più d^o, più $(l + s)$; ossia $D = d^a + d^o + (l + s)$.

Can. 2222, § 1: « *Licet lex nullam sanctionem appositam habeat, legitimus tamen superior potest illius transgressionem, etiam sine praevia poenae comminatione, aliqua iusta poena punire, si scandalum forte datum aut specialis transgressionis gravitas id ferat...* ».

Presupponendo la pena il delitto, e intendendosi per elemento *danno* lo scandalo e per elemento *dolo* la trasgressione, si ammetterebbe la formula: $D = d^a + d^o + (l - s)$.

Onde la questione: questi due passi sono contraddittori fra di loro ovvero possono concordarsi? E se lo possono, in qual modo?

SOLUZIONI DATE.

La bibliografia, se non ricca, non è certo scarsa [2]: l'antinomia è però quasi all'unanimità scartata. Quei due canoni dunque non costituiscono contraddizione, la quale allora soltanto si sarebbe avuta se l'uno avesse posto quello che l'altro avesse tolto senza via di mezzo: dunque possono e devono concordarsi. Ma come? — E non una fu la soluzione o spiegazione data. Alcuni, senza preoccuparsi della relazione che i due canoni hanno fra di loro,

---

(2) Cfr. ROM. DI FALCO, *Il Dir. pen. can. secondo la codificazione recentissima*, in *Scuola positiva*, 1919; PERATHONER, *Kirchliches Gerichtswesen und Kirchliches Strafrecht nach dem neuem Codex J. C.*, 1919; EICHMANN, *Das Strafrecht des Codex J. C.*, 1920; *Il Codice di Dir. can.*, Riassunto e dilucidazioni, in *Monitore Ecclesiastico*, 1922, RUIBAL, *Derecho penal de la Iglesia cat. según el Codigo canonico vigente*, 1922; VIDAL, *Notio delicti in jure Codicis*, in *Jus Pontificium*, 1922, III, 99; D'ANGELO, *Retroattività della legge in materia penale ecclesiastica*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1922, p. 143 seg.

li spiegarono in modo da ritenere il can. 2222, § 1, come una eccezione al can. 2195, in cui si ammette la necessità dell'elemento legge (penale) per aversi il delitto. E fra questi il professor SOLE, *De delictis et poenis*, 1920, il quale sotto i numeri 6 e 83, sostenendo ancora oggi, come già l'E^mo^ Card. LEGA, III, 20, prima del Codice, che l'elemento legge in Diritto ecclesiastico non si richiede *absolute et taxative*, giunge alla eccezionale esistenza di delitti senza legge penale [3].

È questa una soluzione che in campo puramente astratto potrebbe anche ammettersi. Speculativamente, di fatto, i due elementi metafisici che costituiscono il delitto dandogli *essere naturale* sono il *dolo* e il *danno*; la legge dà al delitto solamente l'*essere giuridico*, e la sua necessità non sempre nè in tutte le legislazioni venne riconosciuta, come nota l'illustre prof. LATINI, *Juris criminalis philosophici summa lineamenta*, 1924, p. 69.

Ma trattandosi *de jure condito* in pratica la soluzione non soddisfa perchè l'elemento legge o è necessario secondo il can. 2195, § 1, o non lo è secondo s'interpreta il can. 2222, § 1. Ecco perchè qualche autore, come il FALCO, *Introduzione allo studio del Codex J. C.*, 1925, p. 240, usa il condizionale: « con questa definizione sembrerebbe accolto il principio *nullum crimen sine lege poenali*, senonchè, ecc. » e riporta il dispositivo del canone 2222, § 1.

È qui l'errore fondamentale — noi crediamo — del FALCO e di non pochi altri interpreti, di considerare cioè il can. 2195, § 1, come una vera e propria *definizione* del delitto, con genere prossimo e differenza specifica. Il Codice, di fatto, non è un trattato scientifico, ma « *primario est opus codificationis, secundario opus reformationis et unificationis juris* » [4]. Nè è d'uopo dimenticare l'insegnamento del giureconsulto romano GIAVOLENO: « *Omnis definitio in jure... periculosa est: parum est enim ut non subverti possit* » (l. 202 D. 50. 17). Se, di fatto, il vero delitto è solo quello che viene definito nel can. 2195, § 1, il caso contemplato nel can. 2222, § 1, non è un delitto, ma si può a questo assimilare ed equiparare. Così il VERMEERSCH-CREUSEN, *l. c.*

Più logicamente quindi il P. VIDAL, nel suo citato studio, partendo dal concetto che nel magistero penale è logico, giusto, opportuno procedere *a posteriori* lasciando all'arbitrio del giudice il meno che sia possibile, perviene al riconoscimento applicativo del noto principio « *nullum crimen, nulla poena sine lege* », anche

---

(3) Nello stesso senso cfr. CHELODI, *Jus poenale*, n. 2.

(4) Cfr. *Theses pro gradu magistri* apud *Univ. Cath. Lovaniensem* defendendae a doct., BRYS, 1925, I.

in Diritto penale ecclesiastico, principio questo che *a priori* può ammettere le sue eccezioni, ma al quale non si oppone affatto il can. 2222, § 1, che perciò non costituisce eccezione.

In questo canone infatti — egli dice — « *elementum legale delicti non deest, cum lex communis illo canone contenta auctoritatem tribuat puniendi ideoque vera sit* lex poenalis, *comminans sanctionem indeterminatam et arbitrio illius superioris determinandam, cui commissum est prudens judicium de verificato casu scandali aut de legis gravitate ex generalibus juris principiis et ex specialibus loci circumstantiis aestimanda* ».

In altri termini, bastando, per il can. 2195, § 1, una sanzione anche indeterminata, il can. 2222, § 1, essendo penale con sanzione indeterminata, unito alla legge non penale che viene trasgredita gravissimamente o con scandalo, la rende penale. Dunque l'elemento legale non manca e il principio resta.

La soluzione, sotto il punto di vista filosofico, è logicamente giusta; ostano però serie e gravi considerazioni pratiche: la *inutilità* del dispositivo del can. 2222, § 1, quando già il can. 2220, § 1, *riconosce* nel Superiore ecclesiastico la facoltà di annettere ossia aggiungere pene a leggi e precetti; — la *indeterminatezza* troppo assoluta della sanzione, la quale conduce fuori ogni limite di una semplice *applicazione*. Chi, p. es., oserà asserire che l'*Officialis curiae* potrà applicare una qualche pena anche giusta in caso di gravissima o scandalosa trasgressione dei can. 1624 e 138, semplicemente *proibenti* ma resi *penali* dal can. 2222, § 1? Viceversa, quando la sanzione è indeterminata solo relativamente perchè contenuta nello stesso canone, per se stesso perciò penale come, p. es., il 2337, nessuno negherà all'*Officialis* il potere giudiziario di applicare la pena (can. 2220, § 1), *servatis servandis* — ben si intende — e pur riconoscendo nel Vescovo il suo pieno diritto di intervenire o presiedere ai processi (canoni 1572 e seg..)

Il caso adunque di una sanzione indeterminata contenuta nel dispositivo stesso è diversissimo da quello di una sanzione che manca affatto nella legge (proibente), ma che *singula vice* va aggiunta ed applicata: lì basta il potere giudiziario, qui si richiede anche il legislativo: ecco perchè non è il *judex*, ma il *legitimus Superior* che può.

La soluzione dunque è e deve essere altra, e si fonda su altro principio, che si deduce dallo stesso canone 2222, § 1; noi la esponemmo brevemente già nel 1922 in *Diritto ecclesiastico*, p. 149 seg.; crediamo opportuno di tornarvi su, sottoponendola umilmente agli studiosi con nuovi argomenti.

NOSTRA OPINIONE.

È presto enunciata con questi tre principii sintetici:

a) La *relazione* fra i due canoni 2195 e 2222, § 1, è solo logica, null'affatto giuridica, perchè l'uno ammette un principio del tutto diverso da quello che si deduce dall'altro: i due principii poi sono coordinati fra loro, non subordinati in modo da considerarsi quasi regola ed eccezione.

b) Il can. 2195, accogliendo senza restrizione il principio *nullum crimen sine lege (poenali)*, cui è equiparato il precetto penale, ammette l'assoluta *necessità* dell'elemento *legale* anche nella nozione di delitto ecclesiastico.

c) Dal can. 2222, § 1, invece, si deduce la possibilità in Diritto canonico d'una eventuale *retroattività* della legge o del precetto penale, resi tali dalla sanzione che si applica.

Con compiacimento segnaliamo che questa tesi della retroattività sia condivisa dagli illustri colleghi MAROTO[5] e CICOGNANI[6] non solo, ma anche, e più esplicitamente, da altri valorosi penalisti, come il RUIBAL, professore nella Pontificia Università di Compostella[7].

Non sarà intanto inutile illustrare, sviluppandoli, questi tre principii.

RELAZIONE FRA I CANONI 2195 E 2222, § 1.

Noi riconosciamo la relazione *logica*, ma neghiamo ogni relazione *giuridica*. Logicamente, di fatto, la pena presuppone il delitto: il can. 2222, § 1, parla di una giusta pena applicabile in caso di trasgressione gravissima o scandalosa di una legge non penale: dunque qual è la natura giuridica di tale trasgressione?

La domanda è logica ed è parimenti logico il riferimento al can. 2195 in cui si espone la nozione di delitto, presupposito di ogni pena.

Ma ogni riferimento giuridico è da scartarsi senz'altro. Il can. 2195, di fatto, è d'indole teoretico, e trova il suo giusto posto all'inizio della p. I, del libro V, sotto il titolo *De natura delicti eisque divisione*, mentre il can. 2222, § 1, è eminentemente pratico e trova posto nella p. II, *De poenis*, e propriamente nel titolo V in cui si tratta *De superiore potestatem coactivam habente*.

---

(5) *Instit. Juris Can.*, I, 184, a.
(6) *Jus Canonicum*, II, ad can. 10, p. 87, a.
(7) *Op. cit.*, I, 98-99, 165, 174.

Per noi dunque il can. 2222, § 1, non ha forza integrativa, bensì attributiva, o, se più piace, riconoscitiva di facoltà nel Superiore ecclesiastico; è, di fatto, per sè stante, e solo quando il Superiore ecclesiastico avrà agito a norma del potere che gli concede o riconosce questo canone, avrà vita un fatto giuridico, che è contenuto nei limiti tracciati dal can. 2195. Ecco la coordinazione.

Oltre di questa però ci sembra arbitraria ogni altra relazione, basata su criteri non strettamente giuridici i quali, perchè portano a falsa valutazione di contenuto e di posizione, inducono ad ammettere quella subordinazione che va dall'antinomia all'accordo forzato.

Necessità della legge.

Prima del Codice fra gli Autori si agitava forte la questione se, a costituire vero e proprio delitto ecclesiastico in concreto, si richiedesse di essenza, oltre gli elementi formale e materiale, anche il legale [8]. Negavano alcuni, come l'E^mo^ Card. Lega, III, 6; affermavano i più come il Wernz, VI, 13, l'Oietti, *Sinopsis*, V, « *Delictum* », e specialmente il D'Annibale, il quale già definitiva il delitto: *externa legis poenalis violatio dolo malo facta* [9].

La Commissione codificatrice accettò la tesi della necessità di tale elemento nella nozione di delitto, e il can. 2195, § 1, ne è il risultato [10].

La necessità della norma penale è d'indole solo politica; abbia poi detta norma un puro carattere *sanzionatorio*, come crediamo avvenga almeno in molti casi, ovvero solo complementare [11], poco importa: questo è certo che tutti i Codici vigenti l'hanno riconosciuta [12].

E il Codice canonico, rispondente a tutti i principii legittimi e razionali del Diritto penale, ha, molto opportunamente, accolto anche la massima: *nullum crimen sine lege*, desumendola non solo dalla necessità del processo logico *a posteriori* che è congruo ad ogni Diritto penale, come quello che meglio garantisce alla

---

(8) Tale necessità è unanimemente riconosciuta dagli Autori di filosofia del Diritto. Cfr. la preziosa opera di V. Lilla, *Filosofia del Diritto*, p. 570 seg.

(9) In *Cost. Ap. Sedis* comment., n. 6. Cfr. *Summ. Theol. mor.*, I, 296.

(10) Cfr. *Schema* di riforme presentato dal prof. Latini, in *Il Diritto eccl.*, 1922, p. 85 seg., sotto il titolo: *Nozione del delitto nel Diritto penale della Chiesa.*

(11) Cfr. Rocco, *Oggetto del reato*, n. 16 seg.; Grispigni, *Il carattere sanzionatorio del Diritto criminale*, in *Riv. di Dir. e proc. pen.*, 1920, p. 225; Longhi, *Repressione e prevenzione nel Dir. pen. attuale.*

(12) P. es., Codice ital., art. 1-2; franc., 104; austr., IV; germ., § 2; spagn., 1-2, ecc.

tranquillità dei sudditi ed all'applicazione della giustizia, ma anche da quel Diritto romano su cui ha modellato vari altri suoi istituti.

Non è solo il fondamento *giuridico*, adunque, del principio che ne legittima l'accettazione assoluta nel vigente Diritto, ma l'origine storica cui non è inutile riferirci, per quanto a brevi cenni.

La disciplina romana è presto detta: il reato è considerato come una infrazione di norma giuridica. Se norma non c'è — e *norma* deve intendersi ogni divieto contenuto nel Diritto positivo vigente — non ci sarà neppure il fatto punibile. Insegna MODESTINO, in D. 48, 4, 7, 3: « *Quamquam temerarii poena digni sunt, tamen illis sit parcendum, nisi tale sit delictum quod vel ex scriptura legis descendit vel ad exemplum legis vindicandum est* ».

L'ultimo caso si riferisce a violazione di norma vigente, scoperta con l'aiuto dell'interpretazione estensiva o anche analogica [13].

A tale rigidezza non poteva certamente nè doveva pervenire il nostro Diritto, il quale perciò, come già tutti i vigenti [14], in materia penale ammette interpretazione benevola e rigetta affatto l'analogica (can. 2219, § 3); ma il principio generale, concretizzato in questi termini da ULPIANO, in D. 50, 16, 131: « *Fraus* (i. e. ogni lesione giuridica) *enim sine poena esse potest; poena sine fraude esse non potest* », doveva accogliersi.

RETROATTIVITÀ DELLA LEGGE.

Sarà bene intendersi sul significato dell'espressione. Noi ben comprendiamo la necessità della preesistenza della norma per aversi il delitto: perchè, di fatto, il magistero punitivo d'una società possa intervenire, occorre in genere che il reato sia, come tale, espressamente previsto dalla norma vigente del tempo in cui il fatto è avvenuto. Potendo però queste norme positive mutare nel tempo e potendo perciò bene accadere che la legge o norma del tempo in cui è avvenuto il fatto disponga, circa la penalità o la illiceità, diversamente da quella del tempo in cui si procede, sorgono in pratica quelle questioni del così detto *Diritto penale intertemporale*, i cui casi possono ridursi a due: il fatto costituisce reato per una norma vigente nel tempo in cui si procede, ma non era tale secondo il Diritto del tempo in cui fu com-

---

(13) Di applicazioni analogiche della *lex de maiestate* ci dà esempio TACITO, *Ann.*, 1, 72, mentre di altri casi si ha menzione nel Digesto, per esempio, nelle leggi seguenti: D. 2, 1, 72; D. 9, 2, 5, 12; D. 48, 10, 22, 8, ecc.

(14) Cfr. art. 4 disp. prel. al Cod. civ. Il Codice penale della Russia bolscevica del 1922 segna, sotto questo aspetto, un regresso giuridico, ammettendo ampia analogia. Cfr. SANTORO, *Il Codice penale sovietista*, in *Civitas*, IV, 4.

messo o viceversa; — il fatto è reato nell'una e nell'altra epoca in base però a due norme differenti[15].

Nella prima ipotesi, in ambedue i casi, vige il principio della *non extrattività* della norma; se, di fatto, la retroattività sarebbe — come si esprime un valoroso penalista[16] — « espressione di tirannide, non di giusti », la ultroattività sarebbe non una benigna retroattività ma un voler riconoscere la vita in virtù di un elemento morto. E il Codice canonico ha risolto questi punti col can. 6, 5°.

Quanto poi alla seconda ipotesi, oggetto di studi e critiche specialmente fra penalisti italiani[17], il Codice risolve la questione col can. 2219, § 1 : *In poenis benignior est interpretatio facienda*; solo la norma che contiene disposizione più benigna perciò avrà forza retroattiva o ultroattiva[18].

Noi dunque conveniamo su tutto questo, come ben comprendiamo quanto ragionevolmente i Romani, accanto al principio della necessità della norma, ammettessero anche quello della *irretroattività* della legge penale, intesa in questo preciso senso, che una figura di reato introdotta da una legge non è applicabile che a fatti ad essa posteriori. È questo l'insegnamento di CICERONE, *In Verrem*, 2, 1, e di varie costituzioni imperiali : C. THEOD., 1, 10, 1; 4, 9, 16, 7; 9, 32, 1, ecc.; Nov., 8, 13, 77, 2, § 2. Cfr. FERRINI, *l. c.* Ma sappiamo pure che, in via di principio, nulla si oppone a che un fatto contrario alla pubblica disciplina possa essere punito *extra ordinem*, donde *crimina extraordinaria*, e questo, non già per non riconoscimento di necessità dell'elemento legale in quei casi, come ritengono alcuni[19], bensì « per *eccezionale retroattività* della legge posteriore », come insegna il FERRINI, *l. c.*, traendo analogia dal campo del Diritto civile. Ad una pena, di fatto, inflitta senza previa legge a taluno per un fatto commesso accennano le parole di ULPIANO, in D. 1, 4, 1, 2 : « *Ex*

---

(15) Cfr. BATTAGLINI, *Introduzione allo studio del Diritto penale*, p. 87 seg.

(16) IMPALLOMENI, *Istit. di Diritto penale*, p. 188.

(17) Cfr. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, II, 336 seg.; FLORIAN, *La legge penale nel tempo*, in *Scuola positiva*, IV, 491, e FERRI, *Nota* all'articolo precedente, *ibid.*, p. 506 seg.

(18) I Codici penali vigenti, in sostanza, concordano nel principio, ma le espressioni dànno luogo a serie questioni interpretative : nell'italiano, ad esempio, l'art. 2 dice che in quel caso va applicata la legge che contiene disposizioni « più favorevoli all'imputato ». L'espressione è del MANCINI, e vi aderisce il progetto di FERRI (art. 1) : altri progetti precedenti invece, come quello VIGLIANI, avevano : « legge più mite ». Quest'ultima, come anche l'espressione del Codice canonico *benignior*, si limita solamente alla specie e alla durata delle pene, mentre l'altra consente una maggiore larghezza di interpretazione.

(19) Cfr. LATINI, *l. c.*, che cita A. MATTHAEUM, *De criminibus*, I, c. IV, n. 7. Su tale falso supposito si basano anche alcuni interpreti canonisti, come il SOLE, per spiegare il can. 2222, § 1.

his (i. e. constitutionibus) *quaedam sunt personales... nam... si quam poenam irrogavit* (s'intende per un fatto già compiuto)... *sine exemplo... personam non egreditur* ».

Questa disciplina eccezionale romana passò a far parte del Diritto comune canonico antico ed è stata accettata nel Codice con il can. 2222, § 1, dal quale, pur contenendo esso un riconoscimento di potere nel Superiore ecclesiastico, ci è lecito dedurre l'enunciato principio della eccezionale retroattività, memori dell'insegnamento di PAOLO, in D. 50, 16, 17, 1 : « *Regula est, quae est, breviter enarrat; non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat* ». Retroattività, però, che si riferisce non alla norma o legge in sè (il can. 2222, § 1, di fatto, già la presuppone e ne suppone la trasgressione gravissima o scandalosa), bensì alla *sanzione*, la quale ne muta la natura da proibente in penale. L'aggiunta di tale sanzione adunque operata *nunc*, cioè nello stesso momento che s' applica dal legittimo Superiore, è quella che trasforma *ex tunc*, e quindi dà vita nuova alla legge già esistente non come tale. Ecco perchè nel legittimo Superiore si richiede il potere anche legislativo, non bastando il solo giudiziario; ecco perchè tale disposizione trova il suo posto in questa sede : ogni legislatore ecclesiastico ha potestà di annettere pene a leggi o precetti (can. 2220, § 1) e, purchè nei limiti della propria giurisdizione, a leggi anche di Superiori (can. 2221); potrà anzi annettere pene a leggi non penali esistenti, scandalosamente trasgredite (can. 2222, § 1), compiendo così con un solo atto numerico una doppia mansione, entitativamente ben diversa, di legislatore cioè e di giudice.

L'atto legislativo, così implicitamente posto, opera *ex tunc*, transformando cioè sin dal primo momento della trasgressione quella norma da proibente in penale; l'atto giudiziario invece opera *ex nunc*. E la menzione esplicita di una tale efficacia, così spiegata, era richiesta, dopo la chiara disposizione del can. 10.

Quello che rende penale la legge già esistente non è dunque tutto il can. 2222, § 1, « qui habendus est tanquam lex poenalis », come vorrebbe il redattore di *Jus pontificium* (1923, p. 41) col P. VIDAL, *l. c.*, ma lo stesso atto del legittimo Superiore, ossia la stessa applicazione della pena con quell'effetto retroattivo su ricordato. Cosa, questa, possibile nel nostro Diritto, non solo perchè non vi è distribuzione di poteri la quale rende la stessa cosa impossibile presso gli Stati, ma anche per quella più larga estimazione del concetto di una norma penale ritenuta nel Codice stesso e riconosciuta dallo stesso illustre P. VIDAL.

Che tale caso di retroattività poi debba concepirsi come *eccezione*, tenuto conto delle speciali circostanze di tempo e di luogo

le quali soltanto devono indurre il Superiore, con processo eccezionalmente *a priori*, ad una *poena justa* in quei casi di lesione *qualificata*, è evidentissimo. Ecco perchè sentiamo un ritegno di chiamare queste pene *arbitrarie*, come usavasi; esse sono *straordinarie*, cioè vengono irrogate in casi straordinari, ossia eccezionali [20].

A tale nostra interpretazione poi non osta, come parrebbe, il principio dell'ignoranza, la quale se si riferisce alla legge proibente già esistente, costituirà, secondo i casi, causa scusante o solo diminuente (can. 2202, § 1); ma se si riferisce, come qui, alla sola pena, essa « *imputabilitatem delicti non tollit, sed aliquantum minuit* » (can. 2202, § 2). Del che il Superiore saprà certamente fare tesoro nell'irrogare una pena giusta secondo gli detterà la prudenza.

Non mancando quindi, nel caso contemplato dal can. 2222, § 1, l'elemento *morale* (dolo) [21], il *sociale* (danno) e il *giuridico* (norma), esso non è *contra* nè *praeter*, bensì *iuxta* can. 2195, § 1, nei limiti cioè della nozione di delitto ecclesiastico in esso contenuta.

Conclusione.

Crediamo di avere, almeno adesso, espressa chiara la nostra opinione: il can. 2222, § 1, per noi non è eccezione al can. 2195, § 1, come a torto qualcuno ci fa ritenere, ma è un dispositivo che conduce a risultato pratico contenuto nei limiti dello stesso can. 2195 [22].

Mentre questo, di fatto, accoglie, e senza riserve, nel Diritto penale della Chiesa, il principio « *Nullum crimen sine lege; nulla sine lege poena* », per il quale ha luogo la formola $D = d^a + d^o + (l + s)$, il can. 2222, § 1, dà luogo alla deduzione logica di un altro principio, a quello cioè della retroattività della norma almeno

---

(20) In Diritto romano *extra ordinem* aveva anche altro significato.

(21) Checchè sia della questione che tuttora si agita presso i penalisti sulla relazione fra norma *penale* e norma *morale* (cfr. Battaglini, *op. cit.*, p. 23 seg.), per noi obbliga sotto colpa almeno a subire la pena, ossia indirettamente, anche una legge solamente penale. Cfr. Janssen, *De lege mere poenali*, 1925. E così non intendiamo neppure accennare alla questione sul criterio valutativo della *colpa* in materia penale, specialmente ecclesiastica, in cui la promiscuità di questa col dolo è evidente (cfr. can. 2199). Cfr. Meloni, *La colpa penale e la colpa civile*.

(22) Pur essendoci pronunziati chiaramente sia in *Il jus quaesitum nel Diritto canonico*, p. 12, sia, e più esplicitamente, nel citato articolo, *l. c.*, p. 150... « eccezione, se pur tale possa aversi », e p. 152: « Deriva da tutto ciò che il dispositivo del can. 2222 non è una vera eccezione... Pare non altro possa essere che la retroattività della legge penale, la quale se è eccezione in sè, non porta a far ritenere come eccezione anche la possibile esistenza di dette pene straordinarie », non comprendiamo perchè mai l'illustre redattore di *Jus pontificium*, recensendo questo nostro articolo nel f. I, a. III, 1923, p. 41, ci faccia dire il contrario, riuscendogli così più facile la non meritata critica.

nella parte che aggiunge la sanzione, la quale poi è quella che dà l'essere specifico all'elemento legge in questa materia. — Così concepita e spiegata la cosa, la formola enunciata regge anche qui, perchè anche qui $D = d^a + d^o + (l + s)$ senza alcuna contraddizione o ripugnanza ovvero difficoltà pratica insormontabile.

POSTILLE

Avendo dovuto supplire, nelle scuole del Pontificio Ateneo di S. Apollinare, al R^mo professore ROBERTI nel commento al libro V del Codice, mi venne data occasione di esporre in classe l'opinione mia circa la interpretazione del can 2222, § 1, e la sua relazione col can. 2195.

Seguii la traccia dell'articolo su riportato, ma, nella esercitazione, non poche nè lievi difficoltà la intelligente scolaresca mi presentò a voce ed in iscritto.

Coordinate insieme, tutte si ebbero a voce la soluzione. Credo opportuno dirne brevemente, servendomi degli appunti di un uditore.

Ed infatti le obiezioni, intaccando direttamente la sostanza dell'opinione professata, si riferiscono agli argomenti o *estrinseci* o *intrinseci* usati in difesa della medesima.

a) Contro gli argomenti estrinseci.

1ª Circa il fondamento storico (=*fonte*) del principio « *nulla sine lege poena* », i Canonisti unanimemente ritengono essere questo stesso desunto non già dal Diritto romano, ma dai Diritti civili vigenti. — È falso, falsissimo, quando, come s'è visto, si trova enunciato chiaramente nelle fonti giuridiche romane. Che anzi, è da concludere avere i diversi diritti vigenti usurpata la disciplina dal Diritto romano stesso; ed allora sarebbe il caso di ripetere: « *causa causae est causa causati* »; « *purius ex ipso fonte petuntur aquae* ».

Del resto è ovvio pensare piuttosto ad un riferimento non remoto al *Jus Romanum*, in cui accanto al principio generale della regola enunciata, esisteva la eccezionale erogazione di pene straordinarie.

I diversi Diritti posteriori ritennero la regola generale « nulla sine lege poena », ma, almeno i recenti, *non potevano* accettare

anche la eccezione proprio perchè, in vista della distribuzione dei poteri, l'applicazione di quest'ultimo non avrebbe potuto logicamente aver luogo.

La Chiesa invece, sia per la speciale sua *finalità* specificamente, ossia *qualitativamente*, non già solo quantitativamente, diversa da quella della società civile, sia per la sua peculiare struttura organica voluta dal Fondatore Divino, il quale concentrò nella Suprema Autorità e nei Vescovi — in questi ultimi però in subordinazione — tutti i poteri, non aveva insite difficoltà per accettare l'una e l'altra insieme. È logico anzi supporre che così avesse fatto nel principio; ma poi, nel progresso dei tempi, man mano forse che negli Stati crescevano le difficoltà per ammettere la eccezione romana, specie quando dopo le sintesi medioevale la più raccapricciante analisi venne a sconvolgere la compagine delle norme cristiane accettate nei Diritti, la Chiesa, e quindi i Canonisti, fecero del caso eccezionale romano la regola generale. E si giunse così ad escludere dalla nozione di delitto la necessità della legge (LEGA, III, 20).

Nel Codice si tornò alla regola generale ed ai *casi eccezionali*; dovendosi di questi dare una ragione, non si vede il perchè non si debbano accettare le *rationes* con cui il Diritto-madre, ossia il Diritto-fonte li ammise. Quando il *sistema giuridico* canonico nulla ha in sè che intrinsecamente si opponga alla dottrina romana, di cui fa grandissimo conto, nella sua Costituzione promulgativa del Codice, Papa BENEDETTO XV, non vedo proprio il motivo di ricorrere a fonti inquinate o a sforzi speculativi, specie quando questi non soddisfano completamente nè alla interpretazione esegetica di altri canoni, nè alle esigenze concrete della prassi stessa.

Si riferiscano pure i Canonisti ai Diritti civili, escogitino pure tutti i mezzi per interpretare il can. 2222, §1, ma non si neghi la storia e non si faccia troppo torto alla logica.

Il ch^mo prof. ALBERTARIO, dell'Università Cattolica di Milano, in un recente studio *Delictum e crimen nel Dir. rom.*, lamenta che il campo del Diritto penale romano sia ancora non bene sfruttato e addita due sommi che attesero con serietà a quello studio: MOMMSEN in Germania e FERRINI in Italia. Se dunque la tesi sostenuta trova fondamento in una *teoria* — quella della retroattività della legge penale in caso di *pene straordinarie* — sostenuta da quel gigante in scienza non meno che in virtù, il FERRINI, quale difficoltà seria può mai essa presentare? tanto più che nella nomenclatura i canonisti, CHELODI e tutti, usano la espressione romana di « *poena extraordinaria* »?

2ª Il can. 10 dice: « Leges respiciunt futura, non praeterita, nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur »; *atqui* nel can. 2222, § 1, non si fa menzione esplicita di retroattività; *ergo*...

Distinguo: se il legislatore avesse detto *expresse* come in tutti gli altri canoni anche intorno al can. 10 (vedi, p. es., can. 9, 11, 12, 16, § 1138, § 1, ecc. ecc.) potrei spiegarmi la forza della obiezione; ma siccome usa l'avverbio *nominatim*, e l'usa SOLO in questo canone, esso va interpretato nel senso intensivo ed estensivo in cui è usato nella fonte del dispositivo stesso.

Una Costituzione imperiale di TEODOSIO e VALENTINIANO dispone: « Leges et constitutiones principum futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit » (7 C. 1, 14). Nessuno vorrà negare l'intima relazione tra questa norma di Diritto romano e il can. 10 in parola, e questo sia per l'uso singolare dell'avverbio, sia perchè in questa materia ebbe gran parte il compianto Card. GIUSTINI, romanista insigne. Ora, è comune insegnamento degl'interpreti di Diritto romano che quell'avverbio sia esagerazione, perchè in pratica non sempre si richiedeva reale menzione di retroattività all'uopo. Cfr. D'ANGELO, *Jus Digestorum*, I, 254.

Se tale è l'interpretazione romanista dell'avverbio « nominatim », perchè insistere sulla necessità assoluta della menzione esplicita della retroattività? Questa menzione, è vero, in qualche caso il legislatore l'ha fatta esplicitamente, come nei can. 1138, § 1-2, e 2232, § 2; ma, dato che « nominatim » non è « expresse », da questo non deve dedursi la conseguenza che là dove non è fatta esplicita menzione di retroattività, questa non possa aver luogo quando la interpretazione logica specialmente lo richiede e quando l'esame *esegetico* di altri canoni connessi lo richieda[23].

3ª Non è dimostrativo affatto — insistono gli avversari — l'argomento desunto dalla *sedes materiae*: il titolo V, di fatto (can. 2220 seg.), parla di Superiore avente potere *coattivo*, non già potestà legislativa; i can. 2223 seg., anzi, non alludono affatto a tale potestà.

La risposta è ovvia. Quando si fa allusione alla *sedes materiae*, il riferimento non è solo prossimo, ossia alla sede immediata, ma anche remoto, ossia alla sede mediata. Chi è che non vede, sotto tale aspetto, la differenza fra le due diverse parti del medesimo l. V in cui sono situati i due canoni? Il can. 2195 si

---

(23) Su tale interpretazione errata si fonda la critica che *Jus Pontificium* rivolgeva allo studio: *Jus quaesitum*. Vedi p. 110, nota 22.

trova nella parte 1ª « De delictis », il can. 2222 nella 2ª, cioè « De poenis ».

Ma v'ha di più perchè la obiezione si riconosca priva di ogni solido fondamento.

È vero che la *inscriptio* del titolo è « De superiore potestatem coactivam habente »; ma un esame sia della espressione in se stessa, sia del riferimento al complesso della figura giuridica in questione, non tarderà a convincere della ragionevolezza assoluta della tesi sostenuta.

Innanzi tutto, per essere il Codice non un'esposizione scientifica di Diritto pubblico, non usa un linguaggio strettamente tecnico, come si vorrebbe dagli avversari. Sta di fatto che, per essere nel Diritto ecclesiastico la potestà *coattiva* una conseguenza della *legislativa* e della *giudiziaria*, nei canoni di questo titolo si riscontra un *climax*.

Il can. 2220, primo del titolo, riconosce nel solo legislatore la facoltà di annettere *sanzioni penali* alle sue leggi o ai suoi precetti, affrettandosi a dichiarare che, mentre pel Vicario Generale occorre all'uopo un mandato speciale, il giudice, come tale, p. es., l'*officialis curiae*, può solamente applicare le pene legittimamente stabilite.

Il can. 2221 va oltre e attribuisce al legislatore inferiore il potere di annettere pene anche a leggi di superiori o aggravarle se già stabilite.

Il can. 2222 parla di potestà *giudiziaria*, ma creativa di pena; il can. 2223, di applicazione di pene, e così via dicendo.

Donde la graduazione interessante: 1) potestà *legislativa* pura (can. 1220), o mista (can. 1221); 2) potestà *giudiziaria* mista (can. 1222) o pura (can. 1223); il complesso di questi *gradus* dànno la *potestas coactiva*.

Quello però che addirittura taglia, come suol dirsi, la testa al toro, è l'esame complessivo del titolo in rapporto ad altri canoni connessi.

Perchè mai il legislatore usa il termine *Superior*, e con lettera maiuscola[24], solamente in questo titolo? E la ragione apparisce chiarissima tenendo presente il significato tecnico che la voce assume in questa materia, e propriamente in questo punto interpretativo del can. 2222.

Riferiamoci al can. 2217, § 1: « Poena dicitur: *determinata*

---

(24) Considerazione di lieve importanza. Eppure *nihil fit frustra*. Per esempio, la S. C. C. *Clavaren*, 12 luglio 1920, trasse motivo sufficiente per decidere sull'interpretazione del can. 1368 proprio dal punto e virgola che separa le due parti del canone stesso. Cfr. *Perfice Munus*, 1927, p. 672, nota.

si ipsa lege vel praecepto taxative statuta sit; *indeterminata*, si prudenti arbitrio iudicis VEL Superioris relicta sit sive praeceptivis sive facultativis verbis ».

Quel *vel*, di cui si ha traccia anche nel can. 2223, § 3, 3°, è certissimamente disgiuntivo, e si ha così doppia menzione: 1) del *giudice*, del quale è detto nel can. 2220, § 1, che può « solummodo poenas, legitime statutas, ad normas iuris applicare »; 2) del *Superiore*, del quale fa menzione esplicita il citato can. 2222 ed il can. 2223, § 4, il quale si riferisce alla potestà di « declarare poenam l. s. » con sentenza cioè « declaratoria », il cui precipuo effetto è precisamente la *retroattività* (can. 2232, § 2).

Ed allora, stando allo *spirito* del Codice, come risulta dai canoni, si può stabilire una triplice graduatoria all'uopo:

a) vi sono canoni penali in cui si ha: legge *penale* + *pena determinata*. Esempio tipico: can. 2391, § 1;

b) altri in cui: *legge penale* + *pena indeterminata*, da determinarsi a norma del citato can. 2217, § 1, 1°. Esempi tipici: can. 2391, § 2, 2337[25];

c) altri, e sono i più, in cui si ha soltanto la menzione della proibizione (*legge proibente*); in essi il Superiore può agire a norma del can. 2222, § 1. In tutti questi casi si richiede nel Superiore stesso la potestà legislativa, secondo la tesi sostenuta. Siano di esempio: can. 132 § 1, 138, 859, 1248, 1250, 1251, 1624, 1395 seg., 2258 § 2, 2267, ecc.

Qui la causa efficiente è il precetto *nunc* aggiunto alla legge proibente, la quale perciò la muterà in penale, e si avrà così: *legge penale* + *pena post-determinata*;

d) vi ha finalmente un caso speciale (e forse più d'uno), in cui alla legge proibente il legislatore annette una pena *arbitraria* da irrogarsi a norma del can. 2222, espressamente nominato. Esempio tipico: can. 1554. Cfr. pure can. 1704 e 1956 in cui si fa menzione del can. 2222, § 2.

Se dovesse ammettersi la tesi contraria, perchè mai un simile richiamo?

---

(25) Di niun valore è la difficoltà mossa circa questi ed altri canoni in cui si fa menzione esplicita di « Ordinario », mentre l'*Officialis Curiae*, certamente non ordinario a norma del can. 198, può validamente agire. Niente vieta, di fatto, che, oltre il significato proprio di cui nel citato can. 198, la voce Ordinario si riferisca a tutti coloro che, in un senso, hanno « potestà ordinaria ». Tale è certamente l'*Officialis* in materia giudiziaria (can. 1573), la quale non può peraltro eccedere i limiti di sola applicazione di pena già legittimamente *stabilita* (can. 2220, § 1), pur se si lasci al suo prudente arbitrio la determinazione *estensiva* (can. 2217, § 1).

b) Contro gli argomenti intrinseci.

Sono queste le obiezioni più gravi e tendono a scalzare dalle radici la tesi sostenuta, per convalidare più e meglio l'opposta del P. VIDAL.

Si possono ridurre a due intorno alle quali si aggirano tutte le altre.

1ª Quando il Superiore ecclesiastico — sostengono gli avversari — punisce a norma del can. 2222, § 1, l'atto come delittuoso, il delitto dev'essere già *tale* e completo nel *suo essere* sin dal primo momento: questo avviene precisamente ritenendo sanzione indeterminata lo stesso canone 2222, § 1. Quindi: o l'azione che si vuol punire era già *delittuosa* e si comprende come non vi sia bisogno della retroattività della sanzione; o *non* è *delittuosa* ed allora perchè mai si può irrogare la pena senza un delitto?

Distinguo: o l'azione era già *delittuosa* nel suo *essere naturale*, previ cioè il dolo e il danno, presupposti nel medesimo can. 2222, § 1, concedo. Il Superiore, nel can. 2222, § 1, *non crea* il delitto, com'è evidente: aggiunge solamente l'elemento legale rendendo, così, completa anche nel suo *essere giuridico*, a tenore del can. 2195, la figura degna di pena ecclesiastica. L'aggiunta deriva da lui che inquadra nei limiti del cit. can. 2195 quell'azione solo naturalmente punibile, non anche, *stricto iure*, legalmente.

Aggiungendo *nunc* la sanzione alla legge proibente che già esisteva e che venne dolosamente violata con scandalo, ne muta *ex tunc* la natura. Con tale fenomeno retroattivo tutto, pare, resta logicamente spiegato.

2ª Ma insistono gli avversari: la legge è quella che dà la *forma* agli atti; dovrà quindi precedere, non seguire, l'atto stesso. *Atqui* la legge penale, come tale, non esisteva al momento dell'azione scandalosa. — Anche qui fa capolino la confusione tra forma *etica* e forma *giuridica*.

Se gli avversari insistono troppo per la fusione dei due concetti, che importano invece due posizioni diverse, devono di necessità ammettere questa paradossale conseguenza: che prima del Codice in Diritto canonico non esistevano *delitti*. La disciplina d'allora, di fatto, non richiedeva l'elemento legale.

Altra cosa è ammettere che la norma dà forma *etica* o *naturale* agli atti (cfr., p. es., il can. 1081 circa il consenso nel matrimonio), altra asserire che la medesima dà loro la forma *legale* (cfr., p. es., il can. 1094, che perciò ammette le eccezioni

dei can. 1098-1099). Di qui tutta quella graduatoria di leggi: precettive, proibenti, penali, rescissorie, ecc.

Il can. 2222, § 1, presuppone la *forma etica* o *naturale* del delitto: di questa non è d'uopo adunque parlare.

Ma donde il suo essere giuridico, ossia la sua *forma legale*? Cause efficienti di tale figura giuridica, infatti, non possono essere che due: o il can. 2222, § 1, come vorrebbero gli avversari, o il Superiore ecclesiastico, secondo sosteniamo noi.

Se fosse il can. 2222, § 1, oltre a tanti altri inconvenienti importantissimi, si dovrebbe ammettere come necessaria conseguenza che oggi non vi ha più legge *proibente*. Il can. 2222, § 1, di fatto, è aggiunta tale che renderebbe *penale* ogni legge proibente.

Se, viceversa, è il Superiore, in virtù di quale suo potere potrebbe ciò operare se non è anche *legislatore*? Applicando egli, in caso, la pena, con un unico atto cronologico, compie più atti insieme (*atto complesso*): l'atto eticamente peccaminoso e solamente *proibito* diventa delitto con un processo logico simile a quello che si verifica nella *sanazione in radice* (can. 1138). Qui gli elementi *naturali* per il matrimonio sono condizione indispensabile per la concessione (can. 1139-1140); *nunc* accede l'elemento *legale*, con efficacia però *ex tunc* circa gli effetti.

Se piace, si dà un esempio. Un chierico, contro il dispositivo del can. 138, entra in taverna dando grave scandalo ai fedeli. Tale atto, nella tesi degli avversari, sarebbe già *delittuoso* anche *giuridicamente* (can. 138 + can. 2222, § 1 = can. 2195); ed allora? Il Superiore applicherebbe la relativa pena, pena che, non sappiamo comprendere il perchè, non può applicare l'Officiale di Curia. Per noi invece quell'atto in sè è solo *peccaminoso*, tale peraltro che ha tutti gli elementi naturali perchè venga considerato delittuoso. Se il Superiore crede di punirlo e lo punisce di fatto, crea quel fenomeno complesso di cui sopra; con un solo atto numerico (*applicazione*) mette in essere due effetti giuridici rilevantissimi: la stessa *sanzione*, che, con un effetto *ex tunc* riferentesi alla legge proibente, dichiara delittuosa giuridicamente la scandalosa lesione già operata, mentre, con un effetto *ex nunc*, applica la pena.

Causa efficiente che inquadra la figura nei limiti del can. 2195, è l'*attuale sanzione* del Superiore, con forza retroattiva (nel caso: can. 138 + Sup. eccl. = can. 2195). La forma *etica* e *naturale* è data dalla legge proibente, e questo basta; la forma *giuridica* è data dal Superiore che annette il precetto alla legge già violata, e l'ignoranza della pena non osta nel nostro Diritto (can. 2202, § 2).

c) Conchiudendo.

Ecco quanto pare possa ammettersi dalla tesi dimostrata:

1) la questione non è *speculativa*. Sotto un tale punto di vista, ben s'intende che la tesi nostra, pur non costituendo una *eccezione* al can. 2195 come si vorrebbe da qualcuno, ha il suo riferimento a *casi eccezionali*. Se così non fosse, non saprei spiegarmi neppure la denominazione di « pene straordinarie » usata, in questi casi, dai canonisti tutti, a capo il CHELODI;

2) non è neppure *comparativa*. Lo studio quindi che il giovane CORRADO BERNARDINI, *Il canone 2222 in Diritto ecclesiastico italiano*, ha scritto e ci ha gentilmente favorito, non convince. Da parte le considerazioni d'indole generale già tracciate dalla Corte d'Appello di Roma (cfr. *Giurispr. Ital.*, 1913, I, 2, 86), nei casi concreti di remozioni il contrasto ch'egli vede *non può* assolutamente avvenire per tutte quelle considerazioni fatte a pag. 99 (nota 65) che, *congrua congruis referendo*, reggono anche in questo caso;

3) è *pratica*, ed è, vorrei dire, *postuma*, in quanto ha il suo valore scientifico se si considera il momento *dopo l'applicazione* della pena. Allora soltanto viene creato in concreto un « fenomeno », uno « stato giuridico » fra i limiti del can. 2195. Il quale perciò non ha col can. 2222, § 1, relazione nè *logica* di coordinazione, nè *sistematica* di subordinazione giuridica;

4) nella tesi avversaria, presso gli stessi difensori, resta inesplicabile il fatto che l'Officiale della Curia non possa irrogare queste pene straordinarie. È sforzata la spiegazione: che il legislatore abbia voluto escluderli. Dove? Non vi è traccia alcuna di tale esclusione in tutto il Codice. Nel can. 2220, § 2, del Vicario Generale è detto esplicitamente; mentre dell'Officiale si ha cenno nel can. 2217, § 1, 1° (« arbitrio iudicis »), ma il *vel* disgiuntivo procede a considerazione del « caso straordinario » di cui si è fatto parola[26].

---

(26) A questi argomenti *intrinseci* piace di aggiungere un argomento *estrinseco* di gran valore a conferma della tesi da noi sostenuta: il favorevole giudizio della *Rivista internazionale di scienze sociali*. « Nella prima questione — scrive a pag. 325 (III, IV, 1927) — l'Autore si domanda se vi sia contraddizione in quanto è detto nel can. 2222, § 1, C. D. C. Scartate le varie ipotesi fatte dai trattatisti per risolvere la nodosa questione, l'Autore, con lucida dimostrazione, viene alle sue conclusioni: aversi cioè nel can. 222, § 1, un caso di *eccezionale retroattività* della sanzione che trasforma la legge già esistente, ma non ancora di natura penale. L'elegante questione è svolta con molta erudizione, e le opportune note bibliografiche appostevi aumentano il pregio al bel lavoro ».

VII.

Un caso di "restitutio in integrum,, nella vigente disciplina canonica.(*)

STATO DELLA QUESTIONE.

La questione è eminentemente *pratica* e si riferisce al contenuto del can 1905, § 1 e 2, 4°, il quale suona così: « *Adversus sententiam contra quam non suppetat ordinarium remedium appellationis aut querelae nullitatis, datur remedium extraordinarium... restitutionis in integrum... dummodo de evidenti iniustitia rei iudicatae manifesto constet. — De iniustitia autem manifesto constare non censetur nisi... 4° Legis praescriptum evidenter neglectum fuerit* ».

Sorge il dubbio circa l'estensione della voce *legis*, se essa cioè debba estendersi ad ogni norma, anche procedurale, ovvero debba restringersi a quella sola che, toccando il merito della causa, si riferisce al diritto sostanziale. Nel primo caso il legislatore avrebbe inteso ogni ingiustizia, anche *estrinseca* e perciò anche procedurale; nel secondo, invece, soltanto la *intrinseca*, ossia quella che riguarda direttamente il merito della questione: lì avrebbe luogo un'interpretazione larga, qui rigida e stretta.

Per esempio: se un tribunale non procede, a norma del can. 1576, circa il numero dei giudici ed altro rimedio non vi è, il non essersi osservato quella legge deve ritenersi o non come un'ingiustizia? Deve, in altri termini, concedersi o non la restituzione in intiero?

Ecco il pernio della questione, la quale, a nostro modesto parere, salvo *meliori iudicio*, va risoluta affermativamente per la interpretazione estensiva.

(*) Da *Ephemerides Theol. Lovanienses*, Lovanio, 1926. Vedi nota a pag. 89.

« RESTITUTIO IN INTEGRUM ».

Il rimedio della *restitutio in integrum* deve la sua origine al *Diritto romano*, in cui venne applicato dal pretore quale istituto generale, appunto per temperare il rigore del diritto con l'equità naturale. Che esistesse al tempo di CICERONE sembra sicuro dagli accenni che questi ne porge, come che relativi a giudizi tenuti in provincia (*in Verr.*, 2, 2, 26, 63; *pro Flacc.*, 32, 79), ma intorno al momento in cui sorse nulla di certo può asserirsi.

Dal Diritto romano (Dig. IV, 1) passò nel Foro ecclesiastico: « *ubi quoad substantiam leges romanae de hac materia fuerunt receptae* » (WERNZ, V, 728); scrupolosamente conservata nel diritto delle Decretali (I, 41), la disciplina romana passò nel Codice, come fu giustamente rilevato dal prof. BOUCAUD, *Le Code de Benoît XV et le Droit romain*, in *Chronique sociale de France*, août-sept. 1919, p. 451 [1]. In Diritto romano essa trovava applicazione sì nel campo processuale come in quello degli atti o negozi non processuali, ed aveva per effetto generale e comune di rendere come non avvenuto l'atto o il negozio contro il quale era rivolto e d'impedire che questo valesse a produrre gli effetti che altrimenti avrebbe avuti. Venendo esperita contro la sentenza del giudice, la restituzione apriva adito ad un processo nuovo (*iudicium restitutorium*) sopra il rapporto già deciso con questa [2].

Concessa dapprima dal magistrato ad istanza dell'interessato che abbia patito lesione sulla base di cause valutate di volta in volta, essa fu poi regolata nell'editto mediante la statuizione espressa di certi titoli, riconosciuti come idonei a provocarla, sui quali non è necessario trattenersi [3]. Similmente nel Codice di Diritto canonico l'istituto della *restitutio in integrum*, come già nella disciplina anteriore (WERNZ, V, 717), trova la sua applicazione in campo sia contrattuale per lesione estragiudiziaria, sia processuale per lesione giudiziaria.

E se ne determinano i casi sia di prim'ordine (can. 1687, 1688) che di secondo (can. 1905); l'effetto però è sempre identico: « Restitutio in integrum id efficit ut omnia revocentur in

---

(1) Sulla restituzione al pristino stato nel *Diritto moderno*, cfr. UNGER, *Sist.*, II, § 134 (appendice); DERNBERG, *Dir. priv. pruss.*5, I, § 140 seg.; *Motivi del Cod. civ. german.*, 1, p. 346, 392 seg.; MATTHIASS, *Trattato del Cod. civ.*3, I, § 23. Il Diritto italiano non l'ammette.

(2) Cfr. BERTOLINI, *Il processo civile*, II, 250, e in particolare DUQUESNE, *Ciceron pro Fl.*, ch. 30-32, e l'*integrum restitutio* in *Ann. de l'Université de Grenoble*, XX, 1908, p. 285 seg.

(3) Cfr. LENEL, *Ed.*2, p. 108 seg.

pristinum, idest *restituentur in statum quo erant ante laesionem*, salvis iuribus quae alii, bona fide, ante petitam restitutionem quaesiverint » (can. 1689).

« RESTITUTIO » PROCESSUALE.

A noi però interessa soltanto la restituzione processuale per grave lesione giudiziaria di cui si occupa il Codice nei can. 1905-1907 e la quale ha di comune con la contrattuale la sola designazione dei limiti per la concessione.

Causa unica per accordare un tale rimedio straordinario è la manifesta constatazione di *evidente ingiustizia* nella cosa giudicata (can. 1905, § 1), la quale occupa qui il luogo della lesione grave nella restituzione estragiudiziaria (can. 1687) sol perchè fa presumere quella.

E per evitare ogni arbitrio, il legislatore enumera quattro casi in cui, dovendosi ammettere una simile constatazione di ingiustizia, va concessa la restituzione (can. 1905, § 2): « 1) Sententia documentis innitatur, quae postea fuerint falsa deprehensa; — 2) Postea detecta fuerint documenta, quae facta nova et contrariam decisionem exigentia peremptorie probent; — 3) Sententia ex dolo partis prolata fuerit in damnum alterius; — 4) Legis praescriptum evidenter neglectum fuerit ». — Sui primi tre non si muove questione: è certo, di fatto, che essi si riferiscono alla ingiustizia intrinseca della sentenza, ingiustizia peraltro che viene presunta in base di nuovi motivi estrinseci. Non è quindi il merito della causa in sè che torna direttamente in ballo per la concessione della restituzione in pristino: una tale indagine porterebbe a nuovo giudizio su cosa già passata in giudicato, la quale, per presunzione *iuris et de iure*, deve aversi come vera e giusta (can. 1904).

È il quarto caso che, come abbiamo accennato, dà luogo a discussione.

« NEGLECTUS LEGIS ».

Per noi le parole *legis praescriptum evidenter neglectum* si riferiscono a violazione di legge anche procedurale in materia grave, e non possono riferirsi al merito della causa se non indirettamente.

Si riferiscono anche a violazione di legge procedurale in materia grave però, tale cioè che possa dar luogo a possibilità ossia *probabilità* di lesione gravemente sofferta da chi, per non aver altro rimedio ordinario, chiede lo straordinario della restituzione. Sarebbe, di fatto, ridicolo se per legge procedurale violata volessero qui intendersi anche le cose più piccole: *de minimis*

non curat praetor; come sarebbe, per es., il dispositivo del canone 1874, § 1. Ma una violazione del can. 1576 dovrebbe portare certamente alla concessione della restituzione in intiero, perchè dalla discussione, da farsi per un tribunale collegiale a norma del can. 1871, probabilmente ne sarebbe potuta venir fuori una sentenza anche contraria alla emessa, passata in giudicato.

E non possono riferirsi al merito diretto della causa come tale: se così fosse, di fatto, in tribunale di appello, presso il quale la domanda di restituzione va fatta in questo solo caso (can. 1906), verrebbe a pronunziarsi sul merito di una cosa già passata in giudicato, come se si trattasse di una vera e propria discussione di appello. Che se dovesse trattarsi di violazione evidente di una legge che tocca la sostanza della cosa, ossia il merito intrinseco, come sarebbe il caso di una pena esorbitante applicata oltre i limiti di una norma penale chiara e determinata, allora il riferimento, come apparisce di leggieri, è solo indiretto, come avviene nei primi tre casi contemplati innanzi.

D'altronde inducono a tale interpretazione:

a) Il modo assoluto e senza distinzione alcuna del dispositivo: si parla, di fatto, di ingiustizia, nel suo significato originario di cosa contraria al diritto, e poi di *legis praescriptum*, intendendosi, evidentemente, per legge ogni forma esteriore del *jus*, non già il diritto stesso, di cui si è parlato già su. Vero è che in queste espressioni la terminologia del Codice, a causa forse della riproduzione testuale di passi delle antiche leggi, non è uniforme, nè la distinzione viene sempre rigorosamente osservata[4]; ma qui, nel canone in esame, la interpretazione ci pare legittima, se si tiene conto che la sua fonte diretta, citata anche dall'E^mo^ Cardinale GASPARRI, cioè *Regulae servandae apud Supremum Signaturae Ap. Tribunal*, art. 4, d. e., si esprime così: « *d*) ratio in sententia non habita alicuius *legis*; — *e*) *manifesta quaevis legis violatio* ». Chi potrà dubitare che qui *lex* sta per norma e *quaevis* include anche quelle procedurali? — Noi crediamo anzi che il senso della voce *lex* sia qui tanto lato da non escludere neppure la violazione dei *patti* aggiunti liberamente dalle parti ad un negozio o contratto su cui è emessa la sentenza lesiva.

b) L'intenzione del legislatore di indurre su tale punto una riforma se non interamente sostanziale, almeno sistematica. È risaputo come il Diritto canonico abbia ammesso, oltre il rimedio

---

(4) Cfr. BERNAREGGI, *Metodi e sistemi delle antiche collez. e del nuovo Codice di Dir. can.*, p. 108; *Il Codice di Dir. can.*, in *Monitore Ecclesiastico*, 1921, p. 20, n. 1; FALCO, *Introduz. allo studio del Codex J. C.*, p. 41. Per il relativo addentellato in Diritto romano, cfr. D'ANGELO, *Jus Digestorum*, I, 28.

ordinario dell'appello, anche quello straordinario della *querela nullitatis* per la invalidità della sentenza, istituto, questo, puramente canonico[5], il quale, pur differendo sostanzialmente dall'appello, trovava con la *restitutio in integrum* il suo punto di contatto in alcuni casi, come con il BOUIX, *De iud.*, II, p. 418, ebbe a rilevare l'E^mo^ Card. LEGA, I, 693.

Il Codice, pur tacendo del rimedio della « supplicatio ad SS. » che, almeno come impugnativa a sentenza inappellabile, è ritenuto come abolito[6], ha conservato, accanto all'istituto della restituzione in intiero, anche quello della querela di nullità di cui si occupa nei can. 1892-1897.

Ma nel determinare i precisi casi di nullità della sentenza per vizio così insanabile (can. 1892) come sanabile (can. 1894), omette la menzione d'una evidente violazione della legge, la quale nella precedente disciplina costituiva caso per concedere la querela di nullità, come unanimemente insegnavano i canonisti: « Sententia... potest esse invalida... propter decisionem datam contra clarum apertumque iuris aut actorum iudicialium tenorem » (WERNZ, V, 709)[7] e ritenevano i nostri tribunali. Di fatto, i casi su riferiti dalle *Regulae servandae* dalla Segnatura sono inseriti fra gli argomenti di querela. Oggi però il legislatore, inserendo il caso della violazione di una legge fra quelli per i quali vada concessa la restituzione in intiero, ha voluto certamente indurre una riforma sistematica con una certa estensione — crediamo — dell'antica disciplina. Riforma *sistematica*, riportando nella sua sede naturale il caso di ogni violazione, da cui si deve presumere che sia stata arrecata grave lesione alla parte; *estensione*, perchè mentre abbraccia i casi di violazione di leggi inducenti evidente ingiustizia per eccesso o per difetto, include anche quella di norme procedurali non formali, perchè delle formali ne ha fatto cenno esplicito nel can. 1894.

Ecco perchè la fonte della disposizione è restata quella, ma l'espressione del Codice, sintetizzando in uno i due casi delle *Regulae*, viene mutata: « legis praescriptum evidenter neglectum... ».

Se così non fosse, non si vedrebbe il motivo della mutazione nell'uno e nell'altro senso, di sede cioè e di concezione.

---

(5) Il Diritto romano non fa menzione alcuna della *querela nullitatis*; ed è giusto, perchè in esso una sentenza, notoriamente nulla, andava rescissa senz'altro: « *in notoriis nulla necessaria est probatio aut defensio* ». Cfr. WERNZ, V, 710; LEGA, *l. c.*, 690.

(6) GALANTE-IEMOLO, *Manuale di Dir. eccl.*, p. 414.

(7) Apparisce chiaro da tutto questo perchè gli autori antichi, come il PIRHING, II, 27, 39, esponendo i casi di restituzione in intiero, si fermino alla considerazione della ingiustizia *intrinseca*. Quella *estrinseca*, di fatto, è motivo di nullità.

c) E che sia proprio così apparisce chiaramente dal ritorno alla fonte mediata di questa disposizione.

Le *Regulae* della Segnatura, nel luogo citato, riferiscono, tradotte in latino, le parole quasi identiche del *Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili*, del 10 novembre 1834, di papa GREGORIO XVI, il quale così si esprime: « § 1057. Ha luogo il ricorso per ottenere il rimedio straordinario della restituzione in intiero, qualora il ricorrente dimostri la ingiustizia della cosa giudicata. — § 1058. La ingiustizia manifesta deve risultare:

o dall'essersi giudicato sopra documenti in appresso falsi;

o dall'essersi rinvenuti documenti pubblici o privati, coi quali si provino fatti nuovi e decisivi;

o *dal non essersi nelle sentenze avuto ragione di qualche legge*;

o *dall'essersi espressamente contravvenuto ad una legge in vigore* [8].

« § 1059. L'inosservanza delle *forme* prescritte dalle leggi di procedura *potrà* ritenersi dal tribunale supremo come violazione di legge all'effetto di accordare la restituzione in intiero, nei seguenti casi: 1) se i tribunali non hanno dato per iscritto le ragioni di dubitare e decidere; — 2) se le sentenze non sono motivate; — 3) se non furono osservati i termini del giudizio ».

Le *Regulae* della Segnatura riproducono i due primi casi del § 1058 nell'art. 9, *a-b*, dove si parla di restituzione in intiero, e i due seguenti all'art. 4, *d-e*, dove si tratta della querela di nullità. Dei casi contemplati sotto il § 1059 non fa menzione alcuna.

Era giusto che il Codice, rivedendo questa materia così complessa [9], determinasse bene e sceverasse i casi di concessione della querela di nullità, proveniente da inosservanza di leggi procedurali semplicemente formali (can. 1894), alle quali allude certamente il Codice gregoriano nel § 1059, lasciando libertà di concedere la restituzione in intiero, da quelli provenienti da inosservanza di altre leggi anche procedurali ma *non formali*, in cui il giudice oggi, concorrendo le condizioni volute dai can. 1687-88,

---

(8) Non osta affatto alla nostra tesi la interpretazione che il Supremo Tribunale ha dato a questo paragrafo in *Pisaurien*, 13 febbraio 1846, § 2, in cui si ritiene che la concessione va fatta solo se la sentenza venne emessa « *contra leges, constitutionesve principum* ». È quello che sosteniamo: non occorre una violazione solo di legge o norma generale (*constitutio*) ma basta anche quella di una legge o patto liberamente posto dalle parti (*leges*).

(9) È risaputo come nell'antica disciplina era talmente ampia la concessione della *restitutio* che il Card. DE LUCA potè scrivere che la cosa giudicata « *ad quandam* coeremoniam *seu* formalitatem, *praesertim in Rota et Curia Romana, redacta videbatur* » (in *De Alien*, d. 50, n. 10).

crediamo che debba[10] concedere la restituzione in intiero (canone 1905, § 2, 4°).

d) Convince finalmente la logica stessa: è mai possibile che un legislatore il quale ha avuto pensiero di apprestare rimedio straordinario a sentenze invalide per vizi sanabili di semplici formalità, abbia proprio voluto lasciare senz'alcun rimedio straordinario tutti quei casi di contravvenzioni di norme procedurali non formali, nei quali più facilmente può aver luogo una lesione anche grave? — E sarebbe così, se si insistesse per una interpretazione rigida del can. 1905, § 2, 4°, se cioè volesse restringersi quella ingiustizia a quella intrinseca sola, che tocca direttamente il merito della questione.

Nè si dica che una tale interpretazione possa condurre a serii inconvenienti pratici per il dolo di chi, p. es., subendo maliziosamente e silenziosamente la violazione delle norme procedurali nella speranza di un trionfo, si faccia poi attivo nella richiesta della restituzione in caso di sconfitta.

Conveniamo sulla verità del principio enunciato dal giureconsulto Paolo (D. 22, 6, 9): « ignorantia facti non iuris excusat », ma non ci si neghi la verità dell'altra massima del medesimo in altro luogo (D. 41, 4, 2, 15): « *iuris error nulli prodest* »: il fondamento della restituzione ha una lesione, non imputabile al richiedente (can. 1687, § 2), non già l'ignoranza della legge. Una tale ignoranza, di fatto, se non scusa agli effetti dell'obbligatorietà, non può nuocere ad uno, per giovare, con lesione, all'altro.

Che se apparirà dal tutto che si tratta proprio di malizia, è il vero caso di ripetere col giureconsulto Celso (D. 6, 1, 38): « *malitiis non est indulgendum* ». Si verificherebbe proprio l'inverso del caso contemplato nel can. 1905, § 2, 3°, per cui la restituzione non andrebbe concessa senza alcuna remissione[11], tanto più che questa, come prescrive il can. 1905, § 1, va concessa *infra fines can. 1687*, in cui, al § 2, si richiede la prova, oltre che di una giusta causa, anche della lesione non imputabile, come ha pure confermato la S. Romana Rota (in *Luganen*, 16 febbraio 1925)[12].

---

(10) Cfr. *Signaturae decisiones*, in *Maceraten*, 23 aprile 1846, § 8, e in *Interamnen*, 12 giugno 1845, § 8.

(11) Tale è pure l'insegnamento dei Canonisti. Cfr. Wernz, VI, 734, e Lega, I, 281, il quale così si esprime: « ... *Adversus actus dolo commissos* ei qui dolum commisit non datur *restitutio in integrum*, *quia ex*, 1, 1, Cod. Si adversus delictum, *malorum mores infirmitas animi non excusat* ».

(12) Crediamo che *fondamento* della restituzione sia sempre *una lesione grave*, anche quando si tratta di restituzione processuale: qui è *lesione giudiziaria*, che fa presumere la lesione per gravame. Vero è che i can. 1687, § 2, e 1905, § 1, usando la stessa espressione *dummodo*, pare vogliano determinare i requisiti fon-

Conclusione.

Lungi da noi ogni idea e presunzione di aver voluto dare, in così brevi cenni, una risoluzione esauriente e sicura di una questione tanto ardua, sin'oggi, a quanto sappiamo, non ancora trattata nè discussa presso i sacri tribunali. Ci è di soddisfazione di averla rilevata e lanciata nel campo della discussione, augurandoci che gli studiosi portino contributi più sodi per la retta interpretazione di questo punto, della massima importanza pratica [13].

---

damentali dei due casi ben diversi, ma la esplicita menzione del can. 1905 dei limiti già stabiliti nel can. 1687 fa ritenere — e giustamente — che quelle condizioni o modalità imposte in quest'ultimo non si escludono, bensì si presuppongono trattandosi del caso di restituzione processuale. La dimostrazione quindi o prova dell'assenza di dolo occorre anche qui, nel senso che — per stare al caso nostro — il richiedente non deve essere stato causa diretta nè indiretta della inosservanza della legge. Sicchè, se fondamento *prossimo* per la concessione della restituzione processuale è l'ingiustizia, *remoto* è sempre la lesione, la quale, in quei casi di ingiustizia, va presunta, restringendosi l'*onus probandi* del richiedente alla sola esclusione di ogni sua imputabilità.

(13) Un giovane del nostro Ateneo giuridico « S. Apollinare » in Roma, sacerdote dott. Andrea Rohracher, per l'esame di laurea in *utroque iure* (luglio 1927), ha redatto un'accurata *tesi*: « *De iusta causa restitutionis in integrum secundum canonem 1905*, § *2*, *4°* », pigliando le mosse — egli asserisce in principio — da una questione « non multis mensibus ante in Studio S. R. Rotae tractatae ».

Non conosco i termini della questione, cui accenna il dott. Rohracher: questo è certo che nè le conclusioni della sua elaborata tesi, nè quelle del ch. P. Vidal (Wernz-Vidal, *Jus Canonicum*, VI, 639, nota) differiscono sostanzialmente dalla nostra opinione.

A conferma di essa poi sta la recente sentenza Rotale (S. R. R.: *S. Jacobi de Chile*. Restitutionis in integrum; coram R. P. D. Francisco Parrillo, ponente) emessa il 25 luglio 1927. Cfr. AAS, XX, p. 49. — Si possono utilmente consultare De Luca, *De iudiciis*, disc. 38, n. 22; Pellegrini, *Praxis Vic.*, p. 87-88 e 157; Galesius, *De in int. restit.*, n. 130, p. 12 seg.; Gonzales, I, 41, 6, n. 11; Reiff., II, 27, n. 70 seg.

VIII.

I banchi in chiesa.(*)

STATO DELLA QUESTIONE.

È questa una questione di grandissima importanza pei parroci e rettori di chiese, questione un po' controversa tanto in Diritto *canonico* quanto in Diritto *civile*. Giova avvertire, è vero, che le difficoltà e controversie relative erano una volta di maggior peso ed entità di quello che lo sieno attualmente: i privilegi feudali, spesso in contrasto con le prerogative comunali, erano frequente occasione di lunghe ed appassionate controversie, rese ancora più complicate dall'intervento di autorità e di giurisdizioni disparate, come la feudale, l'amministrativa, la giudiziaria, l'ecclesiastica. Però non è a credere che l'abolizione della feudalità abbia del tutto chiarito o semplificato le questioni: la materia si trova ancora irta di difficoltà enormi, sia per la mancanza quasi assoluta di canoni, leggi e disposizioni su tale argomento, che in gran parte è regolato dalla giurisprudenza, sia specialmente perchè, a lato del Diritto canonico, una volta moderatore assoluto al riguardo, vennero prendendo piede la giurisprudenza e le leggi civili che non sempre con quello collimano e di cui pure si deve fare il massimo conto[1].

Intorno a tale questione perciò si potrebbe scrivere un intero trattato. Noi, per ragioni imprescindibili di brevità, la riepilogheremo in poche, ma precise e chiare note, dedotte dai principii formulati da entrambi i Diritti, dalla dottrina degli Autori e dalle massime stabilite dalla giurisprudenza canonica e civile.

(*) Dal *Vademecum ecclesiastico*, Giarre, 1915.

(1) Cfr. BERTOLOTTI, *Il Parroco italiano*, II, p. 3 (Roma, 1910).

Evoluzione del diritto.

Nei primi tempi del Cristianesimo nessuno poteva sedere in chiesa, e perciò a nessuno era lecito avervi banchi o sedie[2]; i fedeli dovevano pregare o in piedi (*stantes*) o in ginocchio (*prostrati*), ragione per cui era vietato il seppellimento dei cadaveri nelle chiese, perchè, di fatto, il sepolto non sta nè in piedi nè prostrato![3]

Più tardi questo rigore fu temperato: dopo che fu data facoltà ai chierici di sedere in chiesa, pian pianino vi si cominciò a tollerare i banchi, ma solo per riguardo alla condizione sociale di certe persone, ed a speciali benemerenze verso la Chiesa. « Così — scrive Calchi-Novati[4] — si concesse dall'Autorità ecclesiastica il diritto di tenere un banco in chiesa al vassallo, anche senza che fosse patrono di nessuna chiesa del suo feudo; al Comune nella chiesa parrocchiale principale ed al patrono. In seguito tali concessioni furono ampliate, ed il Vescovo ebbe facoltà di concedere anche ad altri questo diritto: *ex gratia laicis conceditur ius retinendi scamnum in ecclesia* ».

Da quanto si è detto si comprende come il diritto di apporre banchi in chiesa possa essere o, per così dire, *nato*, o *acquisito*.

« Ius nativum ».

Avevano ed hanno un tal *diritto nato*: *a*) i *vassalli*: essi avevano il privilegio di collocare in tutte le chiese del loro feudo, sieno state pur di altrui patronato, un proprio banco nel posto più degno. « Ma essendosi abolite col R. Editto 29 luglio 1797, per il Piemonte, e con altre leggi, per le altre province, le prerogative feudali, anche questo diritto — se era fondato sulla sola qualità di vassallo — deve ritenersi abolito: resterebbe però a vedersi se non possa entrare nella categoria dei titoli d'onore mantenuti ». Così Bertolotti[5]; — *b*) i *municipi*, i quali erano da antiche leggi e consuetudini obbligati ad intervenire a certe feste religiose in persona delle loro amministrazioni. Essi avevano diritto ad un banco distinto che loro servisse in modo esclusivo, ma tale diritto si limitava alla sola chiesa parrocchiale e, giusta l'usanza, il posto loro assegnato era inferiore a quello del vas-

---

(2) Cfr. Berardi, *Commentaria iu jus eccl. universum*, II, p. 175, in fine.

(3) Sebastianelli, *De personis*, n. 279; D'Angelo, *Della sepoltura eccl.*, p. 28 (Napoli, 1914).

(4) In *Lessico ecclesiastico* (Vallardi, voce *Banchi*).

(5) *Loco cit.*

sallo[6]. A questo riguardo è opportuno ricordare un regolamento per gli Stati Sardi[7], il quale, dopo di aver disposto che gli amministratori comunali hanno diritto di avere un banco in chiesa da situarsi nel luogo determinato dal regolamento stesso, senza che alcuno possa fare opposizione, soggiunge che questo diritto è limitato alla ricorrenza delle solennità, e non attribuisce al Comune la facoltà di tenere in chiesa un banco permanente[8]. Nuovi regolamenti, è vero, hanno dispensato le rappresentanze comunali dal prendere parte in corpo a dette solennità; tuttavia, non essendo punto vietato un tale intervento, deve ritenersi essere un diritto irrevocabilmente acquistato dall'Amministrazione municipale quello di avere un posto distinto per suo uso esclusivo, quando interviene a funzioni religiose nella chiesa parrocchiale, ove risulti l'antica consuetudine; e questo diritto deve essere mantenuto[9]; — *c)* i *patroni* della chiesa, ai quali, cronologicamente, per prima venne concesso un simile diritto onorifico. La Chiesa fu solita, da antico, ad accordare onori e privilegi ai suoi benefattori e specialmente a coloro che fondarono o concorsero a fondare una chiesa dandone loro il patronato[10]. Fra i vari diritti che questo comprendeva, come il diritto di presentazione, dell'incenso, dell'acqua benedetta, del tumulo, ecc., molti dei quali andarono in disuso, era pure il così detto *diritto di sede*, e quello che gli antichi dissero *diritto di processione*[11]. Scrive il chiarissimo SEBASTIANELLI[12]: « *Aliud jus honorificum in hoc consistit ut inter sacras Ecclesiae functiones potior et dignior ratio habeatur patronorum. Hoc jus veteres appellaverunt* processionis, *ita dictum, quod patronus primus procedat et veluti dux sit ceterorum fidelium ad locum sacrum convenientium* ».

Al patrono venne dapprima permesso di sedere soltanto in *navi ecclesiae*, vale a dire nell'area della chiesa non compresa nel coro, in ossequio alle prescrizioni dei canoni secondo cui il coro non è aperto al popolo ma ai soli chierici celebranti i divini uffici. Il cel. VAN-ESPEN nota che in qualche raro caso ai patroni venne concesso a titolo d'onore specialissimo di sedere anche in

---

(6) Cfr. CANESTRI, *Giurisprudenza canonica e civile dei Parroci*, p. 166.

(7) 4 giugno 1816. In questo regolamento, ancora oggi in vigore nelle province piemontesi, si prescrive il *cerimoniale* da osservarsi dalle Autorità comunali intervenienti a pubbliche funzioni.

(8) Cfr. *Conclusioni d'assenso* dell'avv. gen. presso il Senato di Torino, 17 novembre 1817; BERTOLOTTI, *op. cit.*, II, p. 11.

(9) Così opina la pregiata *Rivista Amministrativa*, XXV, 210. Cfr. BERTOLOTTI, *op. cit.*, p. 4.

(10) Cfr. WERNZ, *Jus Decretalium*, II, 401 seg.; OIETTI, *Sinopsis rerum moralium*, voce *Iuspatronatus*, ecc.

(11) Cfr. can. 26, 27, c. 16, q. 7; can. 3, D, 24; can. 1, D. 1, *De cons.*

(12) *De rebus*, n. 234. Cfr. WERNZ, II, 430.

coro, e cita appunto un antico Sinodo[13]. Scrive[14]: « *Et quidem chorum ex praescripto canonum populo non patere, sed solis clericis divinum officium peragentibus, sat constat; atque honoris causa dumtaxat nonnullis laicis sensum apertum esse... Ne laici stent cancellis, dum celebrantur divina, salva tamen reverentia patronorum* ». Lo stesso ricorda il CANESTRI[15]; oggi però si permette ai soli principi di avere una sede dentro i cancelli, e l'onore dei patroni consiste nel diritto di tenere un banco più vicino all'altare, ma fuori il presbiterio[16] e senza baldacchino[17]. Il Padre WERNZ espone in questi termini un tal diritto onorifico nel patrono[18]: « *Sedes honoratior in ecclesia patronata, sed extra presbyterium et sine baldachino, etiamsi patronus sit dominus temporalis* »[19].

Questo diritto del banco speciale, anzi, venne riconosciuto nei patroni anche dalle leggi civili; basti citare il Decreto Imperiale 30 dicembre 1809 vigente nelle province liguri e parmensi[20].

La Corte d'Appello di Torino[21] decise anche i diritti onorifici spettanti ai patroni, e quello in ispecie di tenere banco nella chiesa, cessano quando il patrono cessa dall'adempimento degli obblighi ed oneri annessi al giuspatronato[22].

« IUS QUAESITUM ».

Hanno il *diritto acquisito* di apporre banchi in chiesa quei laici o ecclesiastici che ottengono un tal privilegio a titolo oneroso, p. es., mediante una somma di denaro, da erogarsi a vantaggio della chiesa in cui fu collocato il banco, o un pagamento di canone annuo.

Nè il Diritto canonico nè il Diritto civile vieta come simoniaco il pagamento di una tal sorta di tassa, purchè, ben inteso,

---

(13) *Synodus Wigorniensis*, 1240.
(14) *Ius ecclesiast. univ.*, I, p. 778.
(15) *Loco cit.*
(16) S. C. C. 21 aug. 1787.
(17) S. C. C. 22 apr. 1690.
(18) *Op. cit.*, II, 430, *b*).
(19) Cfr. GASPARRI, *De SS. Euch.*, 937 seg.; OIETTI, *loco cit.*; S. R. C. 13 mart. 1688.
(20) « Art. 72. Chi avesse interamente fabbricato una chiesa potrà ritenere la proprietà di un banco o d'una cappella per lui e per la sua famiglia finchè esisterà.
« Ogni donatore o benefattore d'una chiesa potrà ottenere la stessa concessione sul parere del Consiglio di fabbrica approvato dal Vescovo e dal Ministro dei Culti ».
(21) 5 marzo 1872.
(22) Cfr. G. RORE, *Giurisprudenza torinese*, 1872, IX, 366. Circa la estinzione del diritto di patronato in Dir. can. Cfr. WERNZ, *op. cit.*, II, 436 seg.

esuli qualsiasi ingerenza di mercimonio[23]. Certo che questo denaro non si versa come prezzo di cosa spirituale, bensì come corrispettivo dell'uso esclusivo del posto. Nè a ciò può fare difficoltà che le chiese sieno reputate luoghi sacri, posti fuori di commercio, poichè il diritto di banco venne sempre considerato come un diritto per sè stante, una utilità temporale suscettiva di possesso manutenibile, di proprietà e di contrattazione. Ha stabilito la S. R. Rota[24]: « *Conclusum habes laicum, praelato tolerante, posse adquirere ius sedendi in loco particulari ecclesiae, eique competere remedium possessorium; comprobatur decisio per S. Felicem* ». Ed il LAGUNES scrive[25]: « *Nec obstat secundum fundamentum, quod dicebamus, ius habendi sedilia vel scamna privata siin ecclesia tamquam in re spirituali per laicos haberi non posse, quia hoc intelligi debet quoad ius vel dominium istarum rerum,* secus vero quoad usum, *cuius laicos capaces esse certissimum est* ». Infine l'ANTONELLI[26]: « *Invito Episcopo laicus non potest aliquem locum seu ius sedendi in ecclesia sibi vindicare, sed ex tolerantia, vel licentia Episcopi seu ecclesiae rectoris tale ius adquirere potest, non quoad dominium vel proprietatem, sed tantum quoad* usum, *quod quidem in largo modo ius patronatus appellatur, quia est ad eius similitudinem: unde tale ius est transitorium ad quoscumque haeredes etiam extraneos, sicut ius patronatus ad beneficia* ». Tutti gli Autori ecclesiastici su tale punto sono concordi, come assicurano BERTOLOTTI[27] e CAPPELLO[28], anzi la Corte d'Appello di Milano[29] stabilì che « l'obbligo del pagamento di un annuo canone alla Fabbriceria o al parroco non altera l'essenza del diritto di banco ».

Scrive il CAPPELLO[30]: « Tale tassa dev'essere fissata o direttamente dal Vescovo, oppure dal parroco d'accordo coi fabbricieri, onde non sorgano incresciose questioni; e deve impiegarsi a vantaggio della chiesa stessa, ossia a sostenerne le spese di culto »[31].

Vedremo se un tal diritto possa acquistarsi anche con la prescrizione.

---

(23) Cfr. D'ANGELO, *Tasse e pensioni nel Cod. di Dir. can.*2, Torino, 1928.
(24) In dec. 331, tomo 3. Cfr. BERTOLOTTI, *op. cit.*, p. 5.
(25) *De fructibus*, I, 30.
(26) *De loco legali*, I, c. 3, q. 4.
(27) *Loco cit.*
(28) In *Rubrica del Clero*, a. I, n. 14, p. 298 (Vicenza, dicembre 1912).
(29) 31 gennaio 1906. Cfr. *Contenzioso eccl.*, 204 (Genova).
(30) *Loco cit.*
(31) Cfr. S. R. Rota, *Dec. rec.*, 33, n. 12 seg.; 781, n. 10 seg.

AUTORITÀ CONCEDENTE.

Chi può concedere un tal diritto? — Dottrina e giurisprudenza concordano nell'affermare che i privati, senza il permesso dell'Autorità ecclesiastica, non possono porre dei banchi nelle chiese.

Scrive il PANIMOLLE[32]: « *Ex gratia laicis conceditur ius retinendi scamna in ecclesia* ». E il LAMBERTINO[33]: « *Laici nullum ius, nullumque dominium habere possunt in ecclesiis, in sedibus vel scamnis aut stallis ad sedendum, invito episcopo, sed eius gratia hoc ius permittitur* ». Così insegnano pure GENUENSE[34], FRASSEN[35], ANTONELLI[36], PIGNATELLI[37], citati da BERTOLOTTI[38] e CAPPELLO[39]; così fu pure costantemente deciso dalla S. Romana Rota[40], ed in questo senso si è più volte pronunziata la S. Congregazione dei Riti[41].

Il diritto di banchi dunque, avendo carattere di vero privilegio, deve essere concesso dall'Autorità ecclesiastica, e cioè dall'Ordinario. Ma il Codice reca all'uopo una interessante riforma. « Il consenso del Vescovo — scriveva su questo punto CAPPELLO[42] — è sempre necessario. Però non richiedesi il consenso espresso, ma basta il tacito ». E BERTOLOTTI[43]: « Secondo le massime generali della giurisprudenza canonica nessuno può mettere banchi nelle chiese senza averne ottenuta la facoltà dal parroco e contro la volontà del Vescovo »[44]. « Per conseguenza — aggiungeva GIOVAGNONE[45] — non possono il parroco e il Vescovo, se non si opposero da principio a che un banco si collochi in una data chiesa, togliere il diritto acquisito, a meno che la rimozione non venisse reclamata dall'esercizio libero del culto, oppure si pretendesse di avere diritto sulla proprietà libera del suolo ». Donde

---

(32) *Decisione for. eccl.*, t. I, dec. 7, adn. 15, n. 6 seg.
(33) *De iure patron.*, l. I, p. 1, q. 11 princ., art. 15, n. 2.
(34) *Praxis Archiep.*, c. 33, n. 27 seg.
(35) *De iure patron. regul.*, t. II, c. 97, n. 12.
(36) *De loco legali*, I, c. 3, q. 4.
(37) *Consultationes*, I, cons. 147.
(38) *Loco cit.*
(39) *Loco cit.*
(40) *Decis. rec.*, dec. 474, n. 8; dec. 781, n. 10 seg.; dec. 855, n. 1 seg.
(41) 11 dicembre 1604, in *Eutomilien*; 5 ottobre 1697, in *Fundana*. Questa ultima decisione veramente non trovasi inserita nella *Collectanea* autentica della S. C. dei Riti; essa però è citata dalla S. C. dei VV. e RR., in *Spoletana*, 29 dicembre 1846. Cfr. RIZZARI, *Collectanea*, ecc., p. 552; CAPPELLO, *l. c.*
(42) *Loco cit.*
(43) *Loco cit.*
(44) Cfr. S. Congr. dei VV. e RR., 18 aprile 1583; PIGNATELLI, *l. c.*; ANTONELLI, *op. cit.*, c. 3, 54.
(45) Cons. V, n. 19.

la conseguenza che ogni parroco e qualsiasi rettore, se la chiesa era libera, potevano permettervi la collocazione di un banco cumulativamente coll'Ordinario, e la semplice tolleranza di questo valeva diritto irrevocabile per chi lo appose. La quale ultima massima venne anche confermata da una decisione del Senato di Piemonte [46], donde appariva che, anche secondo il Diritto comune, tale facoltà competeva ai parroci. Che se alcuni Vescovi nei Sinodi o con decreti speciali riservavano a sè questa facoltà, quelle leggi non sono già irritanti, ma solo proibitive per la maggior quiete dei parroci stessi. I quali, non ostante una simile proibizione, potevano sempre validamente cedere ai privati il diritto di banco: concesso dal parroco, questo sarebbe irrevocabilmente acquisito dal concessionario [47].

Scriveva però VAN-ESPEN [48]: « *Raro convenit parochis ut ipsi super his iuribus sua privata auctoritate se committant, seu potius quaestionem Episcopo aut aliis superioribus exponant et eorum iudicio subiiciant* ».

Dunque, nell'antica disciplina: 1) solo per licenza o almeno per tolleranza dell'Ordinario o del rettore potevano i laici acquistare il diritto del banco, non quali proprietari del sito ove si collocano i banchi, ma unicamente in quanto all'uso dei banchi stessi; — 2) i laici non potevano commerciare i banchi e l'uso che hanno di quel determinato sito nella chiesa senza il consenso e l'approvazione ecclesiastica, e, ove questa non intervenga, i cessionari, acquisitori, affittaioli, donatari non acquistano alcun diritto dell'uso del sito e del banco [49]. Oggi, invece, si richiede assolutamente il consenso espresso dell'Ordinario, disponendo il can. 1263, § 2: « *Sine expresso Ordinarii loci consensu nemo fidelis locum habeat in ecclesia sibi suisque reservatum; Ordinarius autem consensum ne praebeat, nisi ceterorum fidelium commoditati sit sufficienter consultum* ».

E se la chiesa è *patronata*? — Parecchi autorevoli trattatisti concordano nel ritenere che il patrono possa sempre opporsi al collocamento dei banchi nella chiesa patronata, anche nel caso

---

(46) 5 gennaio 1735.

(47) CANESTRI, *op. cit.*, p. 167-168.

(48) *Op. cit.*, p. 2, t. 25, c. 7, n. 42.

(49) S. C. C. 5 sept. 1685. Ostano però i principii di Diritto civile, secondo il quale gli aventi un tal diritto possono benissimo venderlo e cederlo ad altri senza il consenso del Vescovo; così una decisione del Senato di Piemonte (8 febbraio 1685) dice: « *Ius tenendi sedes in ecclesia, sicut ius funerandi, et retinendi arma et alia iura proecedentiae vendi possunt et ad successores transferri sine consensu Episcopi: non enim continent causam mere spiritualem, et in facto potius quam in iure consistunt* »; principii che furono confermati da una posteriore sentenza del 21 giugno 1769. Cfr. CANESTRI, *l. c.*

che non consti di alcuna riserva nell'atto della fondazione. Così, fra' tanti, opinano il PITONIO[50] e il PANIMOLLE[51], scrivendo quest'ultimo: « *In ecclesia de iure patronatus laicorum non potest episcopus concedere ius retinendi sedilia, invito patrono* ». Oggi però è dottrina quasi certa quella che ritiene essere necessario il consenso del patrono solamente se *in limine fundationis* egli siasi riservato un simile diritto positivo, che è come un lato *jus prohibendi.* Senza questa esplicita riserva, a nostro modesto avviso, crediamo che nel patrono non possa ammettersi un diritto così esteso da dover intervenire il suo assenso in ogni concessione di banco nella chiesa, sia pur patronata. La S. Romana Rota è di questo parere, avendo deciso[52]: « *Assignatio sedis et sepulturae in ecclesia spectat ad fundatores qui sunt in hac quasi possessione, nemine alio comparente, qui hoc idem ius ad se pertinere contendat*[53], *et ampliatur, si huic assignationi rector ecclesiae assensum praestiterit, nec Ordinarius dissenserit. — Rector ecclesiae potest illius loca distribuere, et assignare, salvis iuribus honorificis patrono eiusdem ecclesiae competentibus, et limitatur si patronus in fundatione ius prohibendi tales assignationes sibi reservaverit; valet illatio a iure patronatus ad jus prohibendi, ne rector ecclesiae possit istius loca assignare* ».

Lo stesso ritengono Autori antichi e moderni[54], tra' quali basti citare il BERARDI. Scrive[55]: « *Ubi nullum patrono detrimentum infertur non erit necessarius illius consensus, quare poterit Episcopus novam capellam in ecclesia patronata libere erigere, confraternitatem inducere, scamna extraneis, non tamen honorifica*[56], *concedere et jubere sepulchra excavari* ».

E le ragioni che convalidano questa dottrina, chiamata *certa* dal CAPPELLO[57], sono tali e tante che per esporle tutte vi sarebbe

---

(50) *Op. cit.*, all. 54, n. 245, 319.

(51) *Op. cit.*, I, adn. 15, n. 29.

(52) 2 aprile 1677, in *Bursensi* (*Dec. rec.*, t. II, decr. 474, n. 3, 4, 5, 6, pag. 19). Da tale autorità il CANESTRARI, citato da BERTOLOTTI [II, p. 18], deriva le seguenti massime: « Se il patrono si sia riservato il diritto di proibire che in chiesa siano apposti banchi, questo non può essergli contrastato. — I fondatori della chiesa parimenti, col consenso del rettore della medesima, non dissentendo l'Ordinario, debbono essere mantenuti nel possesso di concederlo ».

(53) Cfr. ABBAS, *Cons.*, 106, l. 2, n. 1.

(54) Cfr. DE FARGNA, *De iure patronatus*, p. I, can. 4, cas. 7, n. 10; avvocato CARRARA, in *Foro italiano*, a. XX, fasc. 23 (ill. sent. Corte Appello Torino, 28 gennaio 1895); CALCHI-NOVATI, *l. c.*; BERTOLOTTI, *op. cit.*, p. 11 seg.; CAPPELLO, *l. c.*

(55) *De Beneficiis*, diss. 4, cap. 7.

(56) Sono detti *banchi onorifici* quelli ai quali è annesso anche il diritto di impedire che altri vi vengano collocati davanti, più vicini all'altare. Questo, come vedremo meglio appresso, non può farsi dal Vescovo senza il consenso del patrono, il quale ha il diritto di preminenza nella chiesa patronata.

(57) *Loco cit.*

bisogno di una trattazione speciale. Basta osservare, così per incidente, che il patrono, in virtù del patronato puro e semplice, ha il diritto di nomina e presentazione dell'investito all'approvazione del Vescovo, e gode dei diritti onorifici e di preminenza, fra i quali certamente si comprende l'*honor sedis*, ma senza ulteriore sua ingerenza nelle concessioni agli altri quando non vi ha lesione alcuna della sua preminenza. Questo è per diritto comune; e il non mai abbastanza rimpianto giurista, il dottissimo Padre WERNZ, scrive[58]: « *Patroni praeter iura recensita alia sibi vindicare non possunt* ». Nulla vieta però che il patrono possa riservare a sè altre prerogative ed altri diritti non concessi *ipso jure*[59]; e perciò, se questa riserva fu fatta *in limine fundationis*, deve rispettarsi dal Vescovo e dal rettore della chiesa; ma se non fu fatta, possono benissimo questi concedere il diritto di banco senza intervento alcuno del patrono, anzi addirittura contro il volere di costui. Quando, di fatto, l'Autorità ecclesiastica riconosce l'opportunità di collocare nella chiesa patronata nuovi banchi, salvi ed impregiudicati i diritti di precedenza spettanti al patrono, questi di nulla può lamentarsi se *in limine fundationis* non abbia riservato a sè maggiori diritti di quelli che dal patronato *ope legis* derivano. « È ben vero — scrive qui BERTOLOTTI[60] — che il patrono ha obbligo di *defendere ecclesiam*, e conseguentemente di tutelarla da servitù che si pretendessero imporle; ma quest'obbligo intanto sussiste, in quanto vi siano persone che intendano esperire arbitrariamente un qualche diritto sulla chiesa, non mai quando trattasi di provvedimenti presi dalla stessa Autorità ecclesiastica nei limiti dei suoi poteri ».

Quanto alla giurisprudenza civile è da notarsi questa massima costante: trattandosi di chiesa patronata, il diritto di concedervi la collocazione dei banchi spetta al patrono unitamente al rettore e all'Ordinario; però la concessione è valida anche col silenzio o senza l'intervento di quest'ultimo[61].

Riassumendo: *a*) l'Autorità ecclesiastica non può mai concedere il diritto del *banco onorifico* in una chiesa patronata senza

---

(58) *Op. cit.*, II, 434 (p. 190).

(59) Monsignor SEBASTIANELLI (*De rebus*, n. 234) insegna: « *Non est vero putandum omnia haec competere patronis ex expressa ac generali lege; propterea quod aliqua ex praedictis iuribus patronis tribuenda sint, eo quia reservata fuerunt in tabulis fundationum, aliqua ob longam et probatam locorum consuetudinem. Proinde ut determinetur quaenam iura honorifica huic, aut illi competant patrono, inspiciendae sunt tabulae fundationum, et attendendae singularum ecclesiarum consuetudines* ».

(60) *Op. cit.*, II, p. 12. (Dalla citata memoria ill. dell'avv. CARRARA, in *Foro italiano*).

(61) Cfr. *Giurisprudenza*, a. 1856, p. 155; *Rivista Amministrativa*, a. 1879, p. 196.

il beneplacito del patrono; — *b*) nè, senza tale beneplacito, può concedere il diritto anche semplice di banco, quando consti che il patrono ne abbia fatto esplicita riserva a sè *in limine fundationis*; — *c*) mancando però questa, può benissimo concederlo anche *invito patrono*, all'infuori che il consenso di costui non si richieda per diritto consuetudinario.

INTERVENTO CIVILE.

Si richiede il consenso dell'Autorità civile? — Nella Liguria, in forza di un Decreto imperiale [62], il diritto di banco è permesso soltanto ai fondatori e benefattori della chiesa [63], dietro consenso del parroco e della Fabbriceria [64].

Per le antiche province del regno Lombardo-Veneto, una circolare, tuttora vigente, della imperiale regia Delegazione provinciale di Como [65], che riproduce una nota del Governo di Milano, dispone: « In massima, se trattasi di nuova concessione, oltre l'assenso espresso del parroco e dei fabbriceri, si richiede il permesso formale dell'Ordinario. E tanto l'Ordinario suol mettere clausole alle concessioni che la panca non sia di impedimento alle funzioni e non offenda privati diritti, come il Governo suole esprimere nell'approvazione che non si intenda mai indotta servitù di spazio, o posto determinato nella chiesa, potendosi cambiare quando il bisogno del servizio ed altre gravi cause il richiedano; e che non mai sia stabilita tale privativa della panca concessa, che il popolo non possa usarne quando il proprietario non è presente [66]. Quando però si tratta di panche già stabilite ed ammesse, il possesso basta per legittimarle, se nuove circostanze non rendano incompatibile la continuazione del privilegio con l'esercizio delle funzioni e con l'essenziale comodo del popolo,

(62) 30 dicembre 1809.

(63) Art. 72 seg. Cfr. art. 21, 36, 66, 67, 68, 69, 70, 71, secondo i quali ecco quanto si prescrive a giudizio del prof. SCHIAPPOLI (*op. cit.*), che così si esprime a pag. 510: « Nelle province parmensi e liguri il Consiglio di fabbriceria potrà autorizzare l'ufficio di amministrazione tanto a reggere ad economia la locazione dei banchi e delle sedie, tanto a darli in affitto: si ha un contratto di locazione e nel secondo caso con facoltà di sublocare. La concessione d'un banco può durare un tempo determinato, non mai maggiore della vita del concessionario e ciò sia dietro una prestazione annuale, sia per il prezzo di un capitale o di un immobile: si ha una vendita d'un diritto, che dura il tempo della vita del concessionario e con divieto di alienare ad altri ».

(64) Cassazione Torino, 10 settembre 1885; cfr. *Riv. Ammin.*, 1885, p. 913.

(65) 8 aprile 1822. Cfr. GIOVANELLI e CALVANNA, *Regolamenti per l'amministrazione delle proprietà eccl.*, p. 374 seg. (Milano, 1889); *Dir. eccl.*, 1910, p. 468; BERTOLOTTI, *op. cit.*, p. 20.

(66) È buono notare che l'approvazione governativa, cioè il *Placet* all'indulto del Vescovo, non è più necessario di fronte al disposto dell'art. 16 della legge 13 maggio 1871. Cfr. BERTOLOTTI, *l. c.*

e rendano necessaria una modificazione quanto alla collocazione ed alla forma. Poichè non altrimenti le nuove concessioni sono condizionate nei termini sopradetti, se non perchè la natura della cosa il richiede: onde quelle clausole sono sempre sottintese ».

Nelle altre province, mancando speciali disposizioni, tale materia viene regolata dal Diritto comune, dalla consuetudine e dalla giurisprudenza.

L'assenso poi del Consiglio comunale certamente non è richiesto in nessun caso nelle province del regno Lombardo-Veneto, in base al citato decreto imperiale e a due altri dispacci governativi [67], che dichiarano la concessione del banco non dare diritto ad un possesso perpetuo e manutenibile.

Nelle altre province alcuni Autori, come il CAPPELLO [68], negano ogni intervento municipale sempre, perchè, dicono, nè il parroco, nè il Vescovo, nè altri, senza il permesso della S. Sede, può imporre delle *servitù perpetue* alla chiesa [69]; altri, invece, distinguono. Si ascolti BERTOLOTTI [70]: « Nell'ipotesi di chiesa parrocchiale bisogna distinguere, secondochè la concessione riflette il diritto di tenere sedie e banchi in chiesa a titolo di *servitù perpetua* afficiente il suolo della chiesa parrocchiale, ovvero si tratti di semplice locazione di sedie per assistere alle funzioni senza che la concessione importi un tal diritto di servitù: nel primo caso la concessione deve senza dubbio emanare dal Comune congiuntamente al parroco.

« Il diritto del Comune proviene da che la chiesa parrocchiale si suppone costrutta a sua spese; in secondo luogo, anche in effetto di tale presunzione, il municipio è tenuto, eventualmente, alle spese di riedificazione e di restauro della chiesa, e infine esso è tutore e rappresentante legittimo, insieme al parroco, degli interessi dei parrocchiani.

« Che anzi venne deciso non essere nei poteri del sindaco il fare tale concessione, e che spetta unicamente al Consiglio di autorizzarla come occupazione permanente di suolo pubblico [71].

« Nel caso invece di semplice locazione di sedie, escluso l'acquisto di un *jus servitutis* da parte del concessionario, spetta all'amministrazione della chiesa di fare siffatta concessione, cioè alla Fabbriceria, Reggenza ed altri: i proventi dell'affitto sono

(67) 13 marzo 1842; 5 gennaio 1847.

(68) *Loco cit.* Certo, secondo il Dir. can., l'illustre Professore ha ragione, ma non secondo il Diritto civile vigente, poichè la giurisprudenza tra noi prevale nel ritenere, come vedremo, un tale diritto come *reale*, *perpetuo*, *cedibile*.

(69) S. C. C. 12 mart. 1753; 15 iul. 1865.

(70) *Op. cit.*, II, p. 22. Riporta queste massime dalla *Giurisprudenza* (a. 1856, p. 155) e dalla *Riv. Ammin.* (a. 1879, p. 196).

(71) Cassazione di Torino, 7 settembre 1882. Cfr. *Riv. Amm.*, 1883, p. 39.

devoluti a sopportare le spese di culto; questi principii sono accennati pure nel parere del Consiglio di Stato [72] che così opinò:

« Il Consiglio comunale non ha alcuna attribuzione, che spetta invece alla locale Autorità di polizia, per dare provvedimenti occorrenti al mantenimento dell'ordine pubblico nei luoghi pubblici e così nelle chiese.

« Non ha egualmente alcun diritto di imporre una tassa per l'occupazione delle sedie poste in chiesa dal parroco che ne sia pure il proprietario, competendo invece al parroco di concederne l'uso gratuitamente o mediante retribuzione ».

Interessante è la seguente decisione emessa dalla Corte di Appello di Torino [73]: « Sebbene il Comune abbia la proprietà della chiesa parrocchiale, l'amministrazione e la direzione interna della medesima spettano esclusivamente al parroco, ove non esista Fabbriceria, ed il Comune non ha alcun diritto di ingerenza e vigilanza, salvo il caso in cui sussidii la chiesa. Quindi, all'infuori di questo caso, il Comune non ha diritto di chiedere conto al parroco delle somme da questo ritratte mediante la tassa da lui imposta per l'uso delle sedie in chiesa ».

Natura giuridica del diritto.

Circa la *natura* di tale diritto vi è discordanza radicale tra quanto insegnano i sacri canoni e gli Autori, e quanto vuole la giurisprudenza civile.

Il diritto di banco, in base al Diritto canonico, *non è reale* nel senso che costituisca una servitù imposta alla chiesa ed un qualsiasi possesso del sito su cui trovasi collocato il banco. La S. Congregazione dei Riti di fatto ha dichiarato [74]: « L'uso delle sedie che i laici hanno in chiesa proviene da benignità, tolleranza e grazia revocabile di questa, non già da un diritto dal quale quelli, contro la volontà della Chiesa, possano vantare una servitù o quasi possesso manutenibile ». E la S. Congregazione dei Vescovi e Regolari decise [75]: « Non si deve permettere quella proprietà dei luoghi, che alcuni si credono di avere nelle chiese, quasi che loro fossero ereditari, come sono le cose e le possessioni che si comprano! ».

I privati hanno, è vero, e conservano la proprietà materiale del banco, ma non acquistano, per dire così, la proprietà del suolo,

---

(72) 8 febbraio 1884. Cfr. *Riv. Amm.*, 1884, p. 469.
(73) 21 luglio 1885. Cfr. *Riv. Amm.*, 1886, p. 14.
(74) 5 ottobre 1697, in *Fundana*.
(75) 28 giugno 1853.

ossia un vero diritto reale, o *ius in re*. E ciò anche se abbiano pagato una tassa, la quale, come già notammo, riveste carattere di semplice elargizione o elemosina a vantaggio della chiesa.

Nè è, un tal diritto, *perpetuo* nello stretto senso della parola, in quanto che il banco non si possa più rimuovere dalla chiesa, ma soltanto può dirsi perpetuo in senso largo, in quanto che la convenienza domanda che, una volta fatta la concessione, il banco non si rimuova senza una causa legittima. Così ritenne la S. Congregazione dei Riti [76].

Non rivestendo carattere reale, segue che il diritto di banco *non è* nè *alienabile* nè *trasmissibile*; nè il consenso del parroco o dell'Ordinario può rivestirlo di tali caratteri, come alcuni Canonisti assai impropriamente si esprimono. Un tale consenso, di fatto, ha solo valore di nuova concessione; soltanto in questo senso si può dire che il diritto di banco passa dall'una all'altra persona. È necessario quindi, secondo noi, l'intervento dell'Autorità ecclesiastica, altrimenti la cessione fatta sotto qualsiasi forma o nome è *ipso iure* nulla e irrita. Così la S. Congregazione del Concilio più volte [77].

Gli scrittori, che trattarono di proposito questa materia, concordemente definirono questo diritto di banco come una *servitus usus* o diritto di *uso irregolare* [78], e come tale, al pari di qualsiasi altro diritto di uso, dovrebbe essere essenzialmente ed assolutamente *personale* ed *inalienabile*. E la legislazione anteriore ebbe ad informarsi a questa teorica generale: così questo principio veniva assai bene ribadito dal Decreto Napoleonico sulle Fabbricerie [79], tuttora vigente nella Liguria e nelle province di Parma e Piacenza, il quale vieta [80] possano farsi concessioni di banchi per un tempo più lungo della vita di coloro che l'hanno ottenuta, eccezioni fatte pei fondatori della chiesa i quali ne possono ritenere la proprietà finchè esista la loro famiglia, e per i donatori o benefattori, i quali possono ottenere la stessa concessione dietro parere della Fabbriceria, approvato dal Vescovo e dal Ministro dei culti. E come conseguenza della nullità delle concessioni perpetue, all'infuori delle notate eccezioni, la Corte di Cassazione di Torino ebbe più volte a dichiarare che il pos-

---

(76) 22 febbraio 1642, in *Marianen.*

(77) 12 marzo 1685, in *Fulgiten*; 5 giugno 1728, in *Ianuen*, ecc.

(78) Loiseau, *Des Seigneuries*, c. II, n. 60; Marechal, *Des droits honorifiques*, c. II; Garbasso, *Del diritto di tener banchi in chiesa*, p. 14-67, ed altri. Cfr. Bertolotti, *op. cit.*, II, p. 7; Calchi-Novati, *l. c.*; Carrara, in *Foro ital.*, a. XX, f. 23, ecc.

(79) 30 dicembre 1809, art. 36 seg. Cfr. Saredo, *Cod. eccl.*, II, p. 628.

(80) Art. 68-72.

sesso, più o meno lungo, di un banco nella chiesa parrocchiale della Liguria non può riconoscersi legittimo e protetto dall'azione di manutenzione [81].

Nel Lombardo-Veneto, oltre il già citato, bisogna tener presenti altri due dispacci governativi [82] nei quali si conferma il carattere *personale* o quanto meno *familiare* della concessione, prescrivendosi che, in caso di estinzione o di allontanamento della famiglia del concessionario, non possa lo stesso disporre della concessione per trasmetterla ad altri, ma solo possa disporre del materiale del banco [83].

Nelle altre province, al contrario, la più autorevole giurisprudenza antica e moderna, sulle orme di pochissimi trattatisti, come il CIARLINO [84], concorde ha riconosciuto un carattere diverso al diritto di tener banco in chiesa: essa ritiene che tale diritto costituisce una *vera servitù* su quella parte dell'area sulla quale il banco è collocato: che tale diritto è *reale, alienabile, trasmissibile, perpetuo*: e che, costituendo una servitù continua ed apparente, può acquistarsi per mezzo della *prescrizione*.

Così, p. es., la Corte d'Appello di Casale [85], facendo eco ad una anteriore giurisprudenza che è pacifica nel riscontrarvi gli estremi di un *ius servitutis* [86], ritenne che il diritto di tener banchi in chiesa ha tutti i caratteri di una servitù sull'area della chiesa o su quella parte del suolo sul quale devono collocarsi i banchi, modificante l'uso del suolo che spetterebbe al pubblico, e che l'azione relativa deve quindi ritenersi individua; qualificò tale diritto reale, alienabile, trasmissibile, perpetuo, alla stessa guisa che quello delle armi gentilizie e del tumulo, e riflettente immobili per destinazione. Così pure la Corte di Torino [87] ebbe ad affermare il concetto di servitù, sentenziando che, quando una proprietà mobile o immobile per destinazione è imposta come un peso nel suolo altrui, e così è dei banchi in chiesa, si deve riguar-

---

(81) 21 aprile 1858; 10 settembre 1885. Cfr. BETTINI, X, 1, 334; *Riv. Amm.*, 1885, p. 913; BERTOLOTTI, p. 21.

(82) 13 marzo 1842 (n. 14.175); 5 gennaio 1847 (n. 45.047).

(83) Cfr. GIORGETTI, *Il massimario eccl.*, I, p. 178, n. 102 (Macerata, 1911); *Diritto eccl.*, 1910, p. 468; SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 510; BERTOLOTTI, *l. c.*; CAPPELLO, *l. c.*, ecc.

(84) *Controversie forensi*, c. 119, n. 4; c. 210, n. 16-22. Gli Autori moderni però concordano con quanto tiene la giurisprudenza. Il prof. SCHIAPPOLI, ad es., scrive (p. 510): « ... questi diritti costituiscono veri *iura in re*, quindi suscettibili di possesso ed usucapibili ».

(85) 3 gennaio 1865, c. Alemanno c. Comune Cocconato. Cfr. *Rivista Amministrativa*, XVI, 129.

(86) Cfr. MANTELLI, XI, 440, Torino, 7 giugno 1848.

(87) 23 maggio 1864; Corte Appello Torino, 20 aprile 1866. Cfr. *Rivista Amministrativa*, XVII, 375.

dare il diritto del proprietario di quelle cose come un diritto di servitù, e perciò deve tale diritto essere retto dalle regole delle servitù: che quindi non si può pretendere di tenere in chiesa un banco chiuso a chiave, perchè incomodo e perchè può dar luogo ad abuso.

E così via via hanno ritenuto quasi tutti i Tribunali, le Corti d'Appello e le Cassazioni d'Italia[88].

È degna di nota, come basantesi sul carattere, quasi direi, personale o familiare del diritto di banco, questa sentenza del Tribunale di Varese[89]: « Il diritto di tenere un banco in chiesa è inalienabile e non può quindi essere ceduto. — Così pel Diritto canonico come pel civile, le *femmine* non perdono il diritto della famiglia propria col matrimonio, sebbene passino in altra; epperciò continuano ad avere l'uso del banco in chiesa, concesso alla lor famiglia ».

La proprietà di un banco in chiesa, originariamente appartenente ad una famiglia, spetta in comune a tutte indistintamente le linee di discendenti eredi, sino a che colui che pretende per sè la proprietà esclusiva non produce un atto di divisione che glielo abbia attribuita[90].

Prescrizione.

Si discusse per lo passato se il diritto di banco si avesse potuto acquistare mediante la *prescrizione*. Chi negava si basava sopra una decisione della Corte di Cassazione francese[91], la quale stabilì nettamente che non si può acquistare per prescrizione un diritto a posti in una chiesa o cappella. Siffatto insegna-

(88) Real Senato Torino, 6 dicembre 1828; Appello Casale, 3 gennaio 1865, 11 dicembre 1869, 24 febbraio 1874; App. Torino, 30 aprile 1866, 22 giugno 1871, 22 luglio 1895; App. Milano, 31 gennaio 1906; Cass. Firenze, 9 dicembre 1881; Cass. Torino, 5 dicembre 1902. Cfr. Mantelli, XI, 447; *Riv. Amm.*, 1865, 130; *Legge*, 1871, II, 320; *Giurispr. torin.*, 1866 (155), 1870 (249), 1874 (413); *Giurispr. ital.*, 1860, I, 329; 1882, I, 1, 162; 1895, I, 2, 593; 1903, I, 1, 407; *Monit. trib.*, 1906, 292, ecc. ecc.

È degno di nota quanto dichiara la Corte d'Appello di Milano (31 gennaio 1906): « Il diritto di banco in chiesa rappresenta una servitù personale *sui generis* di uso, afficiente il suolo della chiesa, costituito a favore di una o più persone ». Confronta *Contenz. eccl.*, 204; Bertolotti, *op. cit.*, II, p. 381.

(89) 12 luglio 1890. Cfr. *Riv. Dir. eccl.*, a. I, p. 421. Questa sentenza però non implica troppo, poichè nella fattispecie decisa la concessione non si è limitata *espressamente* ed *unicamente* ai membri di una data famiglia. Cfr. Bertolotti, *op. cit.*, II, p. 29; Calchi-Novati, *l. c.*

(90) Appello Torino, 3 dicembre 1878. Cfr. *Giurispr. torin.*, XVI, 244.

(91) 19 aprile 1825, citata nel *Journal des Conseils des Fabriques*, I, p. 155. Cfr. Giovanelli e Calvanna, *op. cit.*, p. 374. L'altra ragione, per cui questi Autori volevano negare un simile modo di acquisto, era perchè, essendo le chiese *res sacrae*, non possono essere oggetto di prescrizione (App. Trani, 14 dic. 1906, *Foro reg.*, 75). Il diritto di banco però, come vedemmo, è un *diritto per sè stante*.

mento deve respingersi se si riguarda alla natura del diritto di banco ammessa dalla giurisprudenza civile.

Non intendendosi, di fatto, per diritto di banco la proprietà del mobile soltanto, ma il diritto e il possesso di tenere il medesimo nel sito determinato a proprio uso, e rivestendo tale diritto i caratteri di una servitù continua ed apparente [92], è logico che esso si possa acquistare non solo con la prescrizione decennale, quando concorrono titolo e buona fede [93], ma anche con la trentennaria, mediante il semplice possesso legittimo [94].

E la giurisprudenza patria concordemente ha ammesso tale insegnamento. Così, per citare qualcuna delle tante sentenze, la Cassazione di Torino [95] ha deciso che con la prescrizione trentennaria si può acquistare il diritto di tenere un banco in sito determinato in una chiesa parrocchiale, nè il possesso si interrompe o perde il carattere di pubblico, perchè altri occupi il banco in assenza del proprietario, o questo, in date occasioni, sia stato traslocato per disposizione di chi ha la polizia della chiesa. Così pure la Corte d'Appello di Torino [96] ebbe a ritenere potersi acquistare con la prescrizione il diritto di tenere banchi e sedie in chiesa, e non bastare ad impedire la prescrizione l'eccezione posta dal comune patrono di avere anticamente vietato ai privati di introdurre nella chiesa banchi di loro proprietà; non escludendo tutto ciò la possibilità dell'acquisto di un contrario diritto col mezzo del possesso prescrizionale, sono ammessibili i capitoli tendenti a stabilire il possesso di questa servitù; nè il Comune potrebbe obbiettare la precarietà del possesso, giacchè la precarietà non si presume, e non è in dovere chi invoca la prescrizione di escluderla [97], tanto più se si fa valere la prescrizione im-

---

(92) Cod. civ., art. 617, 618, 629.

(93) Cod. civ., art. 2137: « Chi acquista in buona fede un immobile o un *diritto reale* sopra un immobile in forza di un titolo, che sia stato debitamente trascritto e che non sia nullo per difetto di forma, ne compie in suo favore la prescrizione col decorso di dieci anni dalla data della trascrizione ».

Poichè l'art. 629 Cod. civ. prescrive: « Le servitù continue ed apparenti si stabiliscono in forza di un titolo, o colla prescrizione di 30 anni », alcuni Giuristi ritengono che tali servitù non possano acquistarsi con la prescrizione decennale. La quistione è molto controversa in Italia; pare più probabile che si possa, parlando il citato art. 2137 di bene immobile o di *diritto reale* come sono le servitù: mentre non è così in Francia facendosi cenno, nell'art. 2265 Cod. Nap. (corrispondente al nostro 2137), dei soli beni immobili. Cfr. prof. avv. GUIDI, *Lezioni di Diritto comp.* ai giov. di S. Apollinare in Roma, 1912, p. 120.

(94) Cod. civ., art. 2135: « Tutte le azioni tanto reali quanto personali si prescrivono col decorso di 30 anni, senza che possa in contrario opporsi il difetto di titolo o di buona fede ».

(95) 13 giugno 1860. Cfr. BETTINI, 1860, I, p. 329.

(96) 22 giugno 1871. Cfr. *Legge*, XI, II, 320; *Riv. Amm.*, XXII, p. 782

(97) Cod. civ., art. 687.

memoriale. Altra volta la stessa Cassazione di Torino[98] stabilì che l'opposizione fatta da uno dei comproprietari di un banco a che l'altro si serva del banco, non vale a stabilire per prescrizione la proprietà esclusiva a favore del primo, se non nel caso in cui, per un intiero trentennio successivo, l'altro comproprietario o i suoi discendenti non abbiano più fatto uso del banco.

Da una sentenza della Corte d'Appello di Casale[99] si desumono le seguenti massime interessanti:

« Per acquistare con la prescrizione il diritto di tenere banchi in chiesa e in un sito determinato di questa, non è mestieri di un atto di opposizione dopo il quale il banco siasi mantenuto nel luogo medesimo per tutto il tempo necessario alla prescrizione, massime quando è articolata la prescrizione immemoriale.

« A costituire precario il possesso e renderlo quindi inabile alla prescrizione del diritto di tenere un banco in chiesa, non vale invocare un decreto dell'Autorità ecclesiastica, relativo all'ordinamento dei banchi in chiesa in seguito alla sua ricostruzione, nel quale siasi detto che il prescritto ordinamento sarebbe revocabile a beneplacito della stessa Autorità, se quel decreto non fece che riconfermare lo stato di cose precedenti, e così con quella clausola non potè menomare il diritto degli interessati; e d'altronde appare che quella riserva di amozione dei banchi è limitata alla necessità dei riti, nè risulta tampoco sia stata notificata agli interessati.

« Nemmeno potrebbe ostare tale decreto alla prova del possesso immemoriale, come escludente il carattere di questo, accennando il punto in cui ebbe principio il possesso.

« L'imprescrittibilità ordinata in questa materia dal Decreto imperiale 30 dicembre 1808, non osta acchè si congiunga il possesso avuto anteriormente con quello esercitato dopo la ristorazione delle leggi patrie per istabilire il possesso immemoriale ».

Sarà buono avvertire come, in ogni dubbio, va sempre presunto il carattere precario e revocabile della concessione[100].

Non uso.

Sorse il dubbio, se si potesse perdere un tale diritto per *non uso*. Sono degne di nota due sentenze al riguardo: quella della Corte d'Appello di Casale[101], la quale decise che il possessore

(98) 3 dicembre 1878. Cfr. *Giurispr. torin.*, XVI, 244.
(99) 11 dicembre 1869. Cfr. *Avvis. eccl.*, 1881-82, p. 157.
(100) Appello Milano, 31 gennaio 1906. Cfr. *Cont. eccl.*, 204; Bertolotti, *op. cit.*, p. 382.
(101) 2 gennaio 1848, confermata dall'Appello Torino, 22 giugno 1871.

perde tale diritto, cessando di usarne per trent'anni, e quella del Tribunale di Varese[102], la quale dispose: « L'assenza prolungata dalla parrocchia, ove si ha diritto di tenere un banco, non fa perdere questo diritto, quando l'Autorità legittima non ne abbia pronunciata la decadenza ». L'Autorità legittima nel caso è quella ecclesiastica: così almeno ritiene il CALCHI-NOVATI[103].

Si è fatta pure questione se il diritto acquistato per prescrizione di tenere banchi in chiesa, quando all'antica venga sostituita una nuova chiesa, si trasferisca nel nuovo edificio, sebbene costrutto sopra diverso suolo. La Corte d'Appello di Casale, in due sentenze[104], opinò per l'affermativa, mentre la Cassazione di Torino[105] ha ritenuto l'opposto principio decidendo che il diritto acquistato con la prescrizione trentennaria non si trasferisce sulla nuova chiesa. Quest'ultimo pare il principio più logicamente ammissibile: dato, di fatto, il carattere di servitù del diritto, parrebbe che l'abbandono o la distruzione dell'edificio su cui si esercita debba implicare la cessazione del diritto, in base all'art. 662 del Codice civile, il quale dice che le servitù cessano quando le cose si trovano in tale stato che non se ne possa più fare uso.

Altra cosa sarebbe invece se la chiesa si ricostruisse sull'area della preesistente: l'art. 663, di fatto, dispone che le servitù risorgono, se le cose sono ristabilite in modo che se ne possa nuovamente fare uso, salvo che sia già trascorso uno spazio di tempo bastante ad estinguere la servitù.

« Crediamo — scrive qui BERTOLOTTI[106] — che si possa sostenere la continuazione del diritto, ove il medesimo fosse acquistato per concessione o convenzione a titolo oneroso, giacchè in questo caso prende importanza e deve influire il vincolo contrattuale ».

Secondo una sentenza della Corte d'Appello di Casale[107], un decreto vescovile, che dichiara che la nuova chiesa non è parrocchiale, ma che si debbano in essa praticare le funzioni parrocchiali fino a che l'antica non sia restaurata, non pregiudica il diritto acquisito di banco, il quale deve essere esercitato dove queste funzioni si praticano.

---

(102) 12 luglio 1890. Cfr. *Riv. Dir. eccl.*, I, 421.
(103) *Loco cit.*
(104) 24 febbraio 1874; 15 gennaio 1877. Cfr. *Giurispr. torin.*, XI, 413; *Giurispr. ital.*, XXIX, 1, 2, 135.
(105) 30 settembre 1880; seguita anche dalla Corte d'Appello della stessa città, 31 luglio 1882. Cfr. *Riv. Amm.*, XXXII, p. 246, e 1882, p. 822.
(106) *Op. cit.*, II, p. 17.
(107) 15 gennaio 1877. Cfr. *Rep. Mazzoni*, 1, suppl., p. 315.

TUTELA GIURIDICA.

Costituendo il diritto di banco, come s'è visto, una servitù sopra il suolo della chiesa, ne segue che a ciascun concessionario compete l'*azione possessoria*, perchè il suo banco non sia rimosso dal posto ove si trova, ed è chiaro; compete però a tutti anche l'*azione perturbativa di possesso*? In altre parole, la servitù si estende soltanto su la superficie occupata o anche su lo spazio che intercede fra il banco e l'altare maggiore?

Bisogna notare, prima di rispondere, due cose: *a*) il diritto di banco, sia dal Diritto canonico sia dalla Giurisprudenza civile[108], è riconosciuto come un diritto privilegiario ed onorifico; *b*) ciascun banco, per la sua posizione, secondo che è più o meno onorifico[109]. È importante perciò, come si vede, la questione, e vedere se, col diritto di non veder rimosso il proprio banco, ogni concessionario abbia anche quello di proibire che se ne pongano altri in posizione più vantaggiosa, cioè più innanzi al suo e più vicini all'altare.

Conviene distinguere fra il diritto di tener semplicemente un banco e quello di tenerlo in un sito di precedenza e di preminenza, distinzione ammessa dalla S. Romana Rota[110], dai Canonisti[111] e dalla Giurisprudenza civile. La Corte d'Appello di Torino, con una elaborata sentenza, risolse in questi termini questa elegante questione[112]: « Il *diritto in genere* di tenere un banco in un sito è affatto diverso dal *diritto onorifico* di tenerlo in un sito della chiesa a titolo di preminenza o di privilegio con esclusione di altri banchi davanti ad esso. — Chi ha diritto di tenere un banco in un sito determinato della chiesa, ha diritto di impedire che il suo banco venga rimosso dal sito precedentemente occupato, ma non può impedire ad altri di collocare nuovi banchi davanti al suo, in luogo più eminente e più vicino all'altare maggiore. — Il diritto di banco onorifico fornito del *jus prohibendi*

---

(108) Appello Milano, 31 gennaio 1906: « Il diritto di banco ha i caratteri di un *diritto onorifico* ai sensi e per effetti dell'art. 81 Cod. proc. civ. ».

(109) Il VAN-ESPEN (*Ius eccl. univ.*, I, p. 778) scrive: « *Sedes eo honorabilior est, quo locus sessionis honorabilior. Censetur autem locus in ecclesia honorabilior qui magis ipsi sacrario et altari appropinquat* ».

(110) 24 gennaio 1678: « *Habens certum locum sibi assignatum in ecclesia impedire non potest quin alius ab eo diversus etiam praestantior alteri assignetur, nisi probet se, una cum iure sedendi in certo loco, acquisisse ius prohibendi ne alius locus suo superior alteri assignari possit* ». Cfr. *Decr. rec.*, II, p. 18, dec. 781 (n. 10, 19, 22); dec. 33 (n. 2, 4); dec. 474 (n. 11, 12, 16); dec. 855 (n. 7), ecc., citati da BERTOLOTTI, *op. cit.*, II, p. 24, 25.

(111) Cfr. BERARDI, *De Beneficiis*, diss. 4, cap. 7.

(112) 28 giugno 1895. Cfr. *Foro ital.*, XX, fasc. 23.

compete soltanto a quelle persone che ne sono investite in virtù di speciali prerogative, quali, ad esempio, il vassallo [113], il Comune [114], il patrono [115], o in virtù di titoli speciali di concessione ».

Il cel. avv. CARRARA ha magistralmente illustrata questa sentenza con belle ed opportune riflessioni logiche e giuridiche [116]. Ci piace riportarne qualche brano: « Dal principio che il diritto di banco costituisce una servitù sopra quella parte dell'area della chiesa sulla quale trovasi collocato, discende logicamente la conseguenza che il suolo della chiesa, sul quale gravita il banco, resta vincolato a favore del proprietario del banco stesso, di guisa che non può essere lecito ad alcuno di *rimuovere* il banco dal sito occupato per sostituirvene altro o per assegnargli un luogo diverso nella chiesa... Ma la non rimozione del banco dal sito occupato non ha soltanto la sua ragione d'essere nel diritto di servitù che compete ai proprietari, ma altresì in un certo attributo di *onore* che ha ciascun banco a seconda della distanza che intercede fra esso e l'altare... Codesto attributo d'onorificenza, ch'è insito in ogni banco in qualunque sito trovisi collocato, e che trova la sua tutela nella non rimozione dal luogo occupato, è qualche cosa di essenzialmente diverso dalla *preminenza* di cui godono alcuni proprietari di banchi, consistente nel diritto d'impedire a qualsiasi altro concessionario di occupare un sito più eminente del proprio. Fra l'uno e l'altro onore intercede quella stessa enorme differenza che passa fra il genere e la specie, l'innato o l'acquisto. Il *jus prohibendi* è caratteristica propria di *alcuni banchi* e non già dei *banchi in genere*; ed i Canonisti chiamano appunto i primi *banchi onorifici*, perchè forniti di un onore tutto speciale, di cui sono privi i secondi... Se il diritto di banco, in genere, importa una servitù sovra l'area della chiesa dal banco occupata, non può certamente estendersi sul suolo non occupato dal banco. Il suolo della chiesa parrocchiale è proprietà di essa chiesa: e se qua e là vi siano parti di questo suolo affette a diritto di servitù perchè ricoperte da banchi dei privati, ciò non toglie che tutta quella parte del suolo disponibile e libera, perchè

---

(113) Nei tempi andati il Real Senato di Piemonte riconobbe spesso nel vassallo un tal diritto. Così nelle cause Avogadro c. Confraternita della SS. Trinità di Vigliano, e Villarbasse c. Mistrot, citate dal *Foro ital.*, *l. c.*

(114) Nella sola chiesa parrocchiale, e durante le sole funzioni sacre, come vedemmo.

(115) Per questo il Vescovo può concedere, come si disse, di porre banchi nella chiesa patronata senza il consenso del patrono, ma senza il volere di costui non può permettere un *banco onorifico*. — La Corte d'Appello di Torino (20 aprile 1866) stabilisce che, per la discussione sulla collocazione di certi banchi in chiesa parrocchiale, è necessario il contraddittorio dei patroni di essa, i quali in diritto potrebbero essere lesi da quella variazione di collocazione.

(116) In *Foro ital.*, XX, fasc. 23.

non ricoperta da banchi, possa venire occupata da altri per concessione dell'amministrazione della chiesa, senza che i proprietari dei banchi esistenti possano gravarsi di offesa a diritti che non hanno. I loro diritti verrebbero ad essere pregiudicati soltanto quando il collocamento dei nuovi banchi cagionasse una *rimozione* dei precedenti dal sito occupato, ovvero quando i precedenti proprietari potessero vantare col diritto di banco anche l'*jus prohibendi*, quando potessero dimostrare che essi sono investiti non già di un diritto di banco in genere, ma di un diritto di banco onorifico, preminente, privilegiato. Tale prova potrà essere fornita, sia in virtù di un *titolo* speciale di concessione, sia in virtù di speciali *prerogative* personali... All'infuori delle persone che in forza delle loro prerogative personali od in virtù di speciale concessione hanno diritto di impedire che altri collochi banchi davanti al proprio, in isfregio all'onore speciale di cui sono investite, ogni altro laico, coll'ottenere puramente e semplicemente un banco in un sito determinato della chiesa, acquista ad un tempo il diritto alla *non rimozione* del banco dal sito occupato, e nulla più.

« È questa la conseguenza a cui è pervenuta la Corte d'Appello di Torino nella sentenza annotata: conseguenza rispondente non solo alle considerazioni di diritto sovra esposte, ma altresì alla stessa genesi storica del diritto di banco, la quale concorre a dimostrare che la materia di cui trattasi è *stricti juris* e non comporta interpretazione estensiva... Trattandosi adunque di materia non suscettibile di interpretazione estensiva perchè fondata sopra disposizioni eccezionali, di diritto singolare, si appalesa tanto più esatta la teorica della sentenza qui riferita, teorica la quale ebbe a trovare due secoli or sono identica soluzione in una decisione della Rota Romana [117].

Potere ecclesiastico.

Non deve negarsi però alla legittima Autorità ecclesiastica, nel caso al Vescovo e al parroco, la facoltà di riordinare e anche rimuovere i banchi, sieno pure onorifici, quando concorrano imprescindibili necessità del culto e della chiesa, per l'evidente motivo che le chiese sono fatte principalmente pei fedeli e per le sacre funzioni, e non pei banchi: è un principio di pubblica

---

(117) 24 gennaio 1678; c. Fernandez de Paulo-Fernandez de Argomedo. Si riconosce il diritto della chiesa di disporre degli spazi non occupati da banchi non onorifici e si conferma il noto principio: « *tantum censeri praescriptum quantum possessum* ».

utilità che deve avere necessariamente la prevalenza sui diritti privati.

Giurisprudenza canonica e civile ed espositori dell'uno e dell'altro diritto sono concordi su tale punto cui è oramai consona la vigente disciplina: « *Ea semper factis concessionibus* — prescrive il can. 1263, § 3 — *inest tacita conditio, ut Ordinarius possit, ex iusta causa, concessionem revocare, non obstante quolibet temporis decursu* ».

Ed assai giustamente. Chi, di fatto, vorrebbe negare una tale facoltà al Vescovo, quando, p. es., concorra una causa legittima di tal sorte, o che i banchi sieno in disordine, o che la chiesa sia tanto piccola che si giudichi opportuna la rimozione per la maggiore comodità dei fedeli, ovvero se impediscano il buon ordine delle sacre funzioni o il libero passaggio dei fedeli?

La S. Congregazione dei Riti [118] interrogata: « *Utrum laicis aliquod ius adquiratur in sedibus et scamnis, quae in ecclesiis tenere consueverunt, ita ut ab ipso Episcopo removeri non possint?* », rispose: « *Laicis ius in praedictis non adquiri quominus Episcopo liceat ex causa super his disponere* ». E così di seguito in altre dichiarazioni della stessa S. Congregazione [119], nonchè in decisioni della Congregazione dei Vescovi e Regolari [120].

Tale era pure l'unanime insegnamento dei Canonisti e Civilisti. Fra essi basti ricordare il GIOVAGNOLI il quale così si esprime [121]: « *Si ab initio Episcopus vel rector ecclesiae concessit vel toleravit laicum habere sedile in ecclesia, hoc casu, si servitium, ecclesiae incommodum non patiatur, non est privandus sed manutenendus in sua quasi possessione, ita ut rector ecclesiae nequeat huiusmodi sedile amovere* ». E il prof. SCHIAPPOLI, dell'Università di Napoli [122]: « Siccome spetta esclusivamente al parroco di fronte ai parrocchiani di determinare le forme e l'ordine di godimento dei tempii parrocchiali, così gli è riconosciuta la facoltà di apporre restrizioni o modificazioni dell'uso non solo temporaneo, ma in caso anche definitivo al diritto di tenere banco in chiesa... L'esercizio del diritto di banco può essere limitato per ragioni di ordine pubblico o dalle necessità del culto e dall'amministrazione ecclesiastica. Il Vescovo o il parroco hanno facoltà di provvedere alle rimozioni dei banchi e contro i loro

---

(118) 22 novembre 1642.

(119) 11 dicembre 1604; 5 ottobre 1697.

(120) 28 giugno 1585; 19 dicembre 1846.

(121) Cons. 149, n. 12. Lo stesso insegnano GRAZIANO, disc. 110, n. 13; PANIMOLLE, dec. 1, adn. 15, n. 1-12; CANESTRI, *op. cit.*, p. 170; CARRARA, *l. c.*; CAPPELLO, *l. c.*, ed altri.

(122) *Op. cit.*, n. 451, pag. 509-511.

decreti non si possono ammettere i rimedi possessori, essendo atti d'impero... La concessione potrà essere revocata dall'Autorità ecclesiastica in caso di necessità del culto, e se si pagò una tassa per ottenerla, questa dovrà essere restituita ».

La Giurisprudenza civile segue, almeno in linea di principio, le norme suddette, giacchè sanziona questa massima: Il diritto di banco è subordinato alle esigenze del culto, delle quali è arbitra e moderatrice l'Autorità ecclesiastica. Essa dunque, e in generale la Fabbriceria o il parroco, stabilisce e fissa il posto dei banchi, ed essa può mutarli o rimuoverli se, come dicemmo, quelli impediscono l'accesso all'altare, al pulpito, al confessionale, oppure facciano ostacolo alle processioni, e, in genere, se debbano recare disturbo alle sacre funzioni e alle esigenze dei riti. E a queste norme deve sottostare anche il patrono fondatore di una chiesa che si fosse riservato il diritto di porre il banco dove gli piaccia.

Ben inteso però: l'Autorità ecclesiastica deve agire non a capriccio, ma per giusti motivi e prudentemente, poichè, in contrario, vale il principio dei giuristi ANTONELLI e POSTIO, citato da BERTOLOTTI [123]: « *Contra amoventes sedilia agi potest actione iniuriarum, etiamsi amovens esset administrator ecclesiae* ». E così la Corte d'Appello di Casale [124] affermò che il parroco non potrebbe ritenersi esonerato dall'obbligo di giustificare le opposizioni fatte al ricollocamento dei banchi in chiesa; la Cassazione di Torino [125] decise che se la reggenza parrocchiale amministratrice delle rendite della chiesa si oppone al collocamento dei banchi, questo diritto si può rettamente far valere in giudizio contro la stessa. E non solo si ha azione giudiziaria se si neghi addirittura il diritto di banco, ma anche se si limiti o restringa il possesso dei medesimi senza giusta causa; poichè, di fatto, come diritto di servitù esso è tutelabile e manutenibile sia da lato della sua pertinenza che da quello della sua integrità.

La più interessante massima è questa, fissata dalla Cassazione di Roma [126]: « L'Autorità ecclesiastica, e per essa non

---

(123) *Op. cit.*, p. 25.

(124) 3 gennaio 1865. Cfr. *Riv. Amm.*, XVI, 129.

(125) 30 settembre 1880. Cfr. *Riv. Amm.*, XXII, p. 246.

(126) 8 aprile 1905. Cfr. *Riv. Dir. eccl.*, 1905, p. 210. Fa eco l'altra sentenza della stessa Cassazione (8 aprile 1909, in *Riv. di Dir. eccl.*, 1910, p. 210): « Se i fedeli possono aver diritto, secondo i casi e le concessioni, di possedere banchi in chiesa, spetta all'Autorità ecclesiastica regolare l'esercizio di questo diritto e sottoporlo a condizioni, per cui lo stato materiale dei banchi non offenda le ragioni della decenza e il conveniente aspetto di tutto ciò che trovasi nell'edifizio consacrato al culto ». Cfr. anche Cassazione Torino, 22 dicembre 1900, in *Riv. di Diritto eccl.*, 1901, p. 554; *Monitore eccl.*, vol. XXVII, p. 178.

soltanto il Vescovo ma eziandio il parroco, può ingiungere ai privati possessori di banchi di conformarsi a determinate condizioni, come a modificarne la forma e provvedere a riparazioni necessarie pel buon ordine interno della chiesa. È nella facoltà del parroco di provvedere anche alla rimozione temporanea dei banchi, quando i possessori, avvertiti nella forma pubblica consueta[127], non vi provvedano. Non possono i privati possessori reagire, neppure con l'azione possessoria di turbativa o spoglio ».

È degno di nota un parere del Consiglio di Stato[128], col quale si sentenziò non potersi bensì, senza l'intervento dell'Autorità giudiziaria, costringere gli aventi diritto a modificare o riformare i banchi, od a sostituirvene dei nuovi, salvo però il diritto al Vescovo di statuire nei casi in cui i banchi siano d'impedimento alle sacre funzioni. Ed il *Bollettino contenzioso,* alla domanda fatta se un Vescovo possa emanare un decreto col quale vengano rimossi da una chiesa i banchi di antica proprietà dei parrocchiani, rispose che può se i detti banchi sono di impedimento alle sacre funzioni o al passaggio dei fedeli[129].

Pare che, venendo riedificata o rimodernata una chiesa, il Vescovo o il parroco possano costringere i proprietari dei banchi a riattare e rimodernare i medesimi, ove lo richieda il decoro e l'ornamento della chiesa ripulita: in tali circostanze però, come consigliano la prudenza ed illustri Autori[130], è bene procedere per trattative amichevoli, quantunque non manchino casi in cui i renitenti vennero costretti, mediante sentenza, ad uniformarsi ai provvedimenti presi.

Per contrario il possessore di banchi in una chiesa non ha affatto il diritto di costringere il parroco a far restauri nella chiesa stessa minacciante rovina, per riporla nello stato primitivo, poichè, per far eseguire tali restauri, non hanno azione i singoli parrocchiani contro l'azienda parrocchiale, specialmente se le funzioni di culto fossero trasferite in altra chiesa[131].

Competenza giudiziaria.

In casi di controversie in materia, quale Autorità giudiziaria è la competente? — Secondo l'antica giurisprudenza del Pie-

(127) Varrà come notificato validamente l'ordine del parroco se dato secondo la forma degli avvisi parrocchiali.

(128) Cfr. *Riv. Amm.*, 1859, p. 273

(129) Cfr. Bertolotti, *op. cit.*, II, p. 26.

(130) Vigna Aliberti, *Dizionario Ammin.*, I, p. 357. È certo però e chiaro che le piccole spese di manutenzione del banco stanno ad assoluto carico del concessionario.

(131) Cass. Torino, 13 marzo 1884. Cfr. *Riv. Amm.*, 1884, p. 675.

monte, le questioni relative ai banchi in chiesa erano di esclusiva competenza del Senato come materia ecclesiastica, a termini di vari editti e costituzioni; ed il Senato (Corte d'Appello) era esclusivamente competente non solo per stabilire sul diritto in massima, ma eziandio sulle questioni che insorgessero fra i privati per la vendita di un banco già esistente in chiesa e sulla sua spettanza: di più, la sentenza dovendosi eseguire in chiesa, l'estrazione dei banchi e l'immissione in possesso era ordinata con tali precauzioni che le Autorità ecclesiastiche non potessero dolersi di violata immunità locale.

Oggi però ogni competenza speciale è cessata: secondo il vigente Codice di procedura civile tali controversie si portano in prima istanza dinanzi ai Tribunali civili, seguendo poi i gradi di giurisdizione ordinaria.

Oltre che dai principii generali, questo ci viene confermato da una esplicita sentenza della Corte d'Appello di Casale [132], la quale decise essere tali questioni di competenza dell'Autorità civile ed in esse la reggenza parrocchiale essere il vero e proprio contraddittore.

Massime di giurisprudenza.

Meritano speciale menzione queste massime:

a) L'attore che pretende l'uso libero ed esclusivo di un banco in chiesa contestatogli da uno degli abitanti, il quale pretende che il banco è d'uso pubblico, sull'eccezione di quest'ultimo che si richieda il contraddittorio del Comune e del parroco, deve darne l'intervento in causa [133];

b) Il comproprietario il quale fa costruire un nuovo banco in sostituzione dell'antico, guasto per vetustà, ha bensì diritto verso gli altri al rimborso della loro quota per la spesa fatta, ma non acquista, per tale fatto, la proprietà esclusiva del nuovo banco [134];

c) Contro i provvedimenti presi dai Comuni *jure imperii* non sono ammessi i rimedi possessorii; e debbono ritenersi emesse *jure imperii* non soltanto le disposizioni emanate dal Sindaco quale ufficiale del Governo, ma anche quelle date dai Consigli comunali, con incarico al Sindaco di farle eseguire [135]:

---

(132) 24 febbraio 1874; 15 gennaio 1877. Cfr. *Giurispr. torin.*, XI, 413; *Giurispr. ital.*, XXIX, I, 2, 135.

(133) Cfr. Vigna Aliberti, *l. c.*

(134) App. Torino, 13 dicembre 1878. Cfr. *Giurispr. torin.*, XVI, 244.

(135) Cassaz. Roma, 13 febbraio 1892.

d) È provvedimento preso *jure imperii*, e non *jure gestionis*, quello con cui il Consiglio municipale, per ragioni di ordine e di sicurezza pubblica, ordina la rimozione dalla chiesa parrocchiale di tutti i banchi appartenenti a privati[136];

e) Come non può dubitarsi, essendo costante la Giurisprudenza su tal punto, che contro gli atti delle Autorità amministrative non siano ammessibili le azioni possessorie[137], altrettanto non è a dirsi delle disposizioni emanate *jure imperii* dai Consigli comunali in materia di pubblica sicurezza[138]. « Nessuna disposizione di legge vieta, è vero — scrive a questo riguardo la *Rivista Amministrativa*[139] — ai Consigli comunali di deliberare *jure imperii*, ma a patto che non si tratti di cose sulle quali invece regna sovrana la speciale competenza, come contemporaneamente la maggiore responsabilità del Sindaco che sappia di agire come ufficiale del Governo ».

Estinzione.

Circo i modi di *estinzione* di tal diritto c'è poco da dire: provenendo da diritto di patronato si estinguerà con esso[140]; se proviene da qualunque altro titolo, può estinguersi per rinunzia, per cessione o vendita *servatis servandis*, o per allontanamento dalla parrocchia pronunziandone la decadenza l'Autorità competente.

Conclusione.

Conchiudiamo con un voto: che la Giurisprudenza patria, abbastanza stridente coi giusti dettami del Diritto canonico, si metta sulla retta via...

---

(136) *Riv. Dir. eccl.*, II, p. 669-670.
(137) Cassaz. Roma, 29 aprile 1891.
(138) Cfr. Bertolotti, *l. c.*
(139) Vol. XLIII, p. 236.
(140) Cfr. Wernz, *l. c.*; Sebastianelli, *l. c.*; Bertolotti, *op. cit.*, II, p. 375.

DATE DUE

Demco, Inc. 38-293

GTU Library
2400 Ridge Road
Berkeley, CA 94709
For renewals call (510) 649-2500

All items are subject to recall

34298

GRADUATE THEOLOGICAL UNION LIBRARY
BERKELEY, CA 94709

GTU Library
BX1935 .A63 G
Angelo, Sosio d'/Saggi su questioni giur
3 2400 00104 5677